
Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Claus Hutterli

von Salenstein TG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1982



Stämpfli & Cie AG., Graphisches Unternehmen, Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Claus Hutterli

von Salenstein TG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1982



Stämpfli & Cie AG., Graphisches Unternehmen, Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 17 der Reihe

Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbindler (Zürich)



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
Literaturverzeichnis	9
Einleitung	15

1. Kapitel: Problematik

§ 1 Allgemeines	17
§ 2 Problemstellung	18
I. Beispiele	18
II. Terminologie	19
III. Begriff und Typus	19

2. Kapitel: Der leitende Angestellte

§ 3 Gesetzliche Regelung	21
I. Die Normen des schweizerischen Obligationenrechts	21
II. Arbeitsgesetz	22
1. Geltungsbereich	22
2. Höhere leitende Tätigkeit	23
a) Entscheidungsbefugnis	23
b) Wesentliche Angelegenheiten	24
c) Verantwortung	25
d) Linien- und Stabsstellen	26
3. Wissenschaftliche Tätigkeit	27
§ 4 Weitere Merkmale	28
I. Angestellte Arbeitgeber	28
II. Angestellte Unternehmensvertreter	30
III. Gehaltshöhe	30
IV. Aussertarifliche Angestellte	31
V. Vorgesetztenfunktion	31
§ 5 Gesamtbild	32

3. Kapitel:

Das Arbeitsverhältnis des leitenden Angestellten

§ 6 Treuepflicht	34
§ 7 Vertragliche Regelung	35
§ 8 Ausservertragliche Regelung	35

4. Kapitel: Der Anstellungsvertrag

§ 9 Zustandekommen des Vertrages	37
I. Vertragsabschluss	37
1. Einigung	37
2. Vertragspartner	37
3. Vertragsverhandlungen	37

4. Kündigung vor Dienstantritt	39
II. Vertragsabschluss mit Organvertretern im besonderen	40
III. Formvorschriften	41
IV. Vertragsänderung	42
V. Der mangelhafte Anstellungsvertrag	43
§ 10 Vertragsinhalt	43
I. Tätigkeit und Aufgabengebiet	43
1. Beginn und Dauer des Vertrages	43
2. Probezeit	45
3. Tätigkeit	46
4. Versetzung	47
5. Vertretungsbefugnis	48
a) Interne Vollmachten	48
b) Externe Vollmachten	48
c) Erteilung und Widerruf der Vollmacht	49
d) Dienstbezeichnung und Titel	50
e) Zeichnungsbefugnis	50
II. Arbeitszeit	51
1. Mehrarbeit	51
2. Gleitende Arbeitszeit	52
III. Vergütungsansprüche und ihre Formen	53
1. Gehalt	53
2. Erfolgsvergütungen	55
a) Gewinnbeteiligung	55
b) Tantieme	56
c) Provision	58
d) Gratifikation	58
3. Nebenleistungen	60
4. Auslagenersatz	60
IV. Ferienansprüche	61
V. Nebenbeschäftigung	62
1. Nebentätigkeit in einem festen Arbeitsverhältnis	63
2. Freies Mitarbeiterverhältnis	63
3. Beteiligung an einer anderen Firma	64
4. Aktienbesitz an fremden Unternehmen	64
5. Veröffentlichungen und Vorträge	64
6. Ausübung öffentlicher Ämter	65
VI. Geheimhaltung	65
1. Grundsatz	65
2. Absolute und relative Geheimhaltungspflicht	66
3. Abgrenzung zur Konkurrenzklausel	66
4. Geheimhaltungspflicht nach Art. 722 OR	67
VII. Konkurrenzverbot	67
1. Voraussetzungen	67
2. Abschluss des Konkurrenzverbotes	70
3. Beschränkungen	70
4. Verstoss gegen das Konkurrenzverbot	71
5. Wegfall des Konkurrenzverbotes	72
6. Karenzentschädigung	73
7. Einzelfragen	74
8. Konkurrenzverbot der Organvertreter	75
a) Kaufmännische Stellvertretung	75
b) Aktienrechtliches Konkurrenzverbot	75
9. Die Problematik des Konkurrenzverbotes	76
VIII. Abgangsentschädigung	77
IX. Kautio	78
X. Weiterbildung	79

1. Unternehmensexterne Ausbildung	80
2. Unternehmensinterne Ausbildung	80
3. Unternehmensexterne Weiterbildung	80
§ 11 Beendigung des Arbeitsverhältnisses	81
I. Allgemeines	81
II. Aufhebungsvertrag	81
III. Kündigung	82
1. Ordentliche Kündigung	82
2. Ausserordentliche Kündigung	83
3. Widerrechtliche Kündigung	85
4. Drückkündigung	86
5. Änderungskündigung	86
IV. Kündigungsfristen	87
V. Kündigungsschutz	89
VI. Suspendierung eines leitenden Angestellten	91
 5. Kapitel:	
Sondernormen ausserhalb des Anstellungsvertrages	
§ 12 Allgemeine Grundsätze	93
§ 13 Die Bestimmungen im einzelnen	93
I. Betriebsnachfolge	93
1. Problematik	93
2. Betriebsübergang und Konkurrenzverbot	95
II. Erfindungen und Verbesserungsvorschläge	95
III. Haftung und Verantwortlichkeit	98
1. Haftung gegenüber dem Arbeitgeber	98
2. Haftung gegenüber den anderen Arbeitnehmern	100
3. Schadensgeneigte Arbeit	100
4. Haftung nach Gesellschaftsrecht	103
5. Exkurs: Strafrechtliche Verantwortlichkeit	104
IV. Recht auf Beschäftigung	105
V. Zeugnis und Auskunftspflicht	107
VI. Konkurs des Arbeitgebers	109
VII. Arbeitsgerichtsbarkeit	111
1. Verfahren	111
2. Persönlicher Geltungsbereich	111
3. Gerichtsorganisation	112

6. Kapitel: Zusammenfassung

Abkürzungsverzeichnis

a	Frühere Fassung des Gesetzes
Abs.	Absatz
AGG	Arbeitsgerichtsgesetz (BRD)
Anm.	Anmerkung
AppGer	Appellationsgericht
ArbGer	Arbeitsgericht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz)
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA, Bern
ArV I	Verordnung I zum Arbeitsgesetz
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht (BRD)
BAGE	Entscheid des Bundesarbeitsgerichtes
BB	Betriebs-Berater, Heidelberg
BBI.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz (BRD)
BGH	Bundesgerichtshof (BRD)
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	Der Betrieb, Düsseldorf
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DLA	Der leitende Angestellte, Essen
f. (ff.)	und folgende Seite(n)
FIET	Fédération internationale des employés et techniciens
FS	Festschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GewGer	Gewerbliches Schiedsgericht
HanGer	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch (BRD)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern
KassGer	Kassationsgericht
LA	Leitende Angestellte
LAG	Landesarbeitsgericht (BRD)
N	Note, Randnummer
ObGer	Obergericht
PatG	Patentgesetz
Praxis	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes, Basel
RdA	Recht der Arbeit, München
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Köln
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
SKV	Schweizerischer Kaufmännischer Verein
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, Berlin
ULA	Union der leitenden Angestellten (BRD)
V	Verordnung
VELA	Vereinigung leitender Angestellter (BRD)
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des DGB
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Wien
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht, Köln
ZivGer	Zivilgericht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

Literaturverzeichnis

- AHN WERA Die Rechtsfigur des leitenden Angestellten im geltenden Arbeitsrecht, Diss. München 1977
- ALTHERR RICHARD Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1980
- ANDREAE C. A. Die gesellschaftliche Situation der oberen Angestellten in der Eisen- und Stahlindustrie, DLA 1967, 122f.
- APEL GÜNTER Leitende und wissenschaftliche Angestellte in einer künftigen Rechtsordnung, BB 1970, 1145ff.
- Arbeitsring Chemie Anstellungsverträge mit leitenden Angestellten, 1977
- Bankpersonalverband Einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung für das Bankpersonal, 1976
- Bankprokuristenverein Zürich Das mittlere Kader im Bankgewerbe, 1969
- BÄRLOCHER URS Der Ferienanspruch nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Basel 1971
- BARROT ALEX J. Die Abwerbung von Arbeitskräften, Diss. Bern 1973
- BAUSCH RAINER Die Stellung der leitenden Angestellten in Betrieb und Unternehmen, Diss. Marburg 1974
- BECKER HERMANN Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. IV, 1. Abt., Art. 1–183, 2. Aufl. 1941
- BENTELE MAX Das Recht auf Arbeit, Diss. Zürich 1949
- BERG FRITZ Das Arbeitsrecht der leitenden Angestellten, Diss. Köln 1930
- BIELER FRANK Haftungs erleichterung für leitende Angestellte, BB 1977, 1000
- BIGLER WALTER F. Kommentar zum Arbeitsgesetz, 2. Aufl. 1968
- BLOMEYER Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, 1969
- WOLFGANG/BUCHNER HERBERT
- BÖKER ALEXANDER Der leitende Angestellte, Funktion und Merkmale aus arbeitsrechtlicher Sicht, Diss. Frankfurt am Main 1969
- BOLDT GERHARD Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten im Bergbau, Bergfreiheit 1961, 259ff.
- BOLDT GERHARD Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten im Arbeitsrecht der BRD, ZAS 1973, 3ff. (BOLDT, ZAS)
- BRAND HEINER Die Stellung der leitenden Angestellten im schweizerischen Recht mit einer Übersicht über das deutsche Recht, Diss. Basel 1959
- BRANDT HERMANN Tarifvertrag für Manager, Capital 1977, 44ff.
- BREDOW GÖTZ D. VON Zur Abgrenzung der leitenden Angestellten nach § 5 BetrVerfG 1972, DB 1975, 1314ff.
- BRENDER THOMAS Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, Diss. Zürich 1976
- BRÜHWILER JÜRG Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 1978
- BRUNNER ANDREAS B. Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, 1979
- BÜRGI WOLFHART F. Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, b/1, Art. 660–697, 1957
- BÜRGI WOLFHART F. Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, b/2, Art. 698–738, 1969
- BUSSMANN RAOUL Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1977
- CANNER R./SCHOOP R. Arbeitsgesetz, Taschenausgabe, 1968
- COTTER GUIDO Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR, Diss. Freiburg 1979
- DAG Forderungen für leitende und wissenschaftliche Angestellte, 1970
- DAXELHOFFER HANS Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, 1980
- DE BEER ALEXANDER Der bezahlte Bildungsurlaub, 1978
- DEGENER UDO Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, 1975
- DERSCH HERMANN Die Rechtsstellung von Organmitgliedern juristischer Personen und Gesellschaften im Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung, RdA 1951, 212ff.

DGB	Musteranstellungsvertrag für leitende Angestellte, Düsseldorf (ohne Jahresangabe)
DGB	Muster einer Wettbewerbsvereinbarung für Angestellte in Leitungsfunktion, 2. Aufl. 1976 (DGB, Wettbewerbsvereinbarung)
DGB	Sonderdruck: Die Rolle der Angestellten in Leitungsfunktionen im Rahmen der Gewerkschaften der BRD, 1975 (DGB, Sonderdruck)
DGB	Leitende Angestellte, Nachrichten für Angestellte 1/1970 (DGB, LA)
DÖRING HELMUT	Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, 1977
DORNDORF EBERHARD	Freie Arbeitsplatzwahl und Recht am Arbeitsergebnis, 1979
DÜNNER MARTIN	Das Betriebsrisikoproblem nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Basel 1973
DÜRR DAVID NIKOLAUS	Die Abmahnungspflicht bei Verträgen über Arbeitsleistungen, Diss. Basel 1977
EBERT HANS	Zur Abgrenzung der leitenden Angestellten, BB 1975, 609ff.
EICH ROLF-ACHIM	Anpassungsüberprüfung bei Gehältern von ausser tariflichen und leitenden Angestellten, BB 1978, 210ff.
EKONOMI	Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, 1978
MÜNIR/REHBINDER	
MANFRED (Hrsg.)	
ESSER JOSEF	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972
EUGSTER BRUNO	Die Gerichtskommission – unter besonderer Berücksichtigung der Miet- und Pachtstreitigkeiten nach Art. 267a ff. OR – und das Arbeitsgericht nach sanktgallischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1971
FALKENBERG	Freier Mitarbeiter – Arbeitnehmer – arbeitnehmerähnliche Person, Arbeits- und Sozialrecht 1969, 1409ff.
ROLF-DIETER	Wer ist leitender Angestellter? Union 1958, 202ff.
FASSBENDER SIEGFRIED	Angestellte in Leitungsfunktionen, 1979
FIET	Auflösung des Arbeitsvertrages bei Führungskräften, in: Das Jahrbuch der Führungskräfte, 1980, 213ff.
FISCHER ANSGAR	Probleme um die leitenden Angestellten, Mensch und Arbeit 1973, 65ff.
FISCHER GUIDO	Die Abgrenzung der leitenden Angestellten nach dem Beschluss des BAG vom 5.3.1974, DB 1974, 1767ff.
FÖHR HORST	Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. Aufl. 1980
FORSTMOSER	
PETER/MEIER-HAYOZ	
ARTHUR	
FORSTMOSER PETER	Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, in: BÄR HANS J./FORSTMOSER PETER u.a.: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, 1978, 27ff. (FORSTMOSER, Verwaltungsrat)
FORSTMOSER PETER	Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 1978 (FORSTMOSER, Verantwortlichkeit)
FRIEDMANN KARL	Zur Stellung der leitenden Angestellten und der sonstigen Führungshelfen in den Wirtschaftsunternehmen, eine soziologische Analyse, Schweizer Rundschau 1971, 328
FRIEDRICHS HANS	Leitende Angestellte in der Unternehmenspolitik, Arbeit- und Sozialpolitik 1967, 54ff.
GALPERIN HANS	Die Stellung der leitenden Angestellten in der Rechtsordnung, RdA 1977, 65ff., 143ff., 228ff., 288ff.
GAUL DIETER	Der Arbeitsvertrag mit Führungskräften, 4. Aufl. 1978
GAUL	Der Betriebsleiter in Recht und Praxis, 2. Aufl. 1979
DIETER/BARTENBACH	
KURT	
GAUL	
DIETER/BARTENBACH	Individualrechtliche Rechtsprobleme betrieblicher Verbesserungsvorschläge, DB 1978, 1161ff. (GAUL/BARTENBACH, DB)
KURT	
GAUTSCHI GEORG	Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Abt., 6. Teilband, Art. 425–491, 2. Aufl. 1962
GEISER THOMAS	Die Kündigung zur Unzeit, in: BRUNNER-CLOSSET CH./EGLOFF W. u.a.: Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 1979, 55ff.

- GEITNER DIRK
GERMANIER MARC
GIFT EMIL
GITTER WOLFGANG
GOOSSENS FRANZ
GRÄTZ FRANZ
GRIESAM RUDOLF
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
GRÜLL FERDINAND
FERDINAND/KLEINE
GISELA
GUHL THEO/MERZ
HANS/KUMMER MAX
HAEFLIGER ARTHUR
HAUSER WILLY/HAUER
ROBERT
HEILMANN HANS
HERSCHEL WILHELM
HEUSS-LÜDIN CHRISTINE
HINDERMANN WALTER
HOFFKNECHT
ADALBERT-CHRISTIAN
HOFMANN KLAUS
HOYNINGEN GERRICK
Frh. VON
HOYNINGEN GERRICK
Frh. VON
HROMADKA WOLFGANG
HROMADKA WOLFGANG
HÜBER GERHARD
HUBSCHMID ALFRED
HUECK ALFRED
HUG WALTHER (Hrsg.)
HÜMMERICH
KLAUS/GOLA PETER
HUNOLD WOLF
- Leitende Angestellte in privaten Unternehmen, 1974
Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954
Zweifelsfragen zur Rechtsstellung der aussertariflichen und leitenden Angestellten, 2. Aufl. 1978
Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 1971, ZfA 1973, 69f.
Der Chef und seine leitenden Mitarbeiter, 2. Aufl. von «Leitende Angestellte richtig führen», 1968
Neue Vergütungstendenzen im Führungsbereich, in: Das Jahrbuch der Führungskräfte 1980, 175ff.
Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, 1978
Der Anstellungsvertrag mit leitenden Angestellten, 10. Aufl. 1977
Die Mobilität leitender Angestellter, Arbeit und Sozialpolitik 1969, 6ff. (GRÜLL, Mobilität)
Wie schutzbedürftig sind leitende Angestellte? Arbeit und Sozialpolitik 1967, 38ff. (GRÜLL, Schutzbedürftigkeit)
Der leitende Angestellte in der betrieblichen Praxis, Union 1958, 42ff. (GRÜLL, Praxis)
Arbeitsrechtliches Taschenbuch für Vorgesetzte, 7. Aufl. 1975 (GRÜLL, Taschenbuch)
Leitende Angestellte, in: Haufe-Kundendienst, Sonderdruck Nr. 243, 1972 (GRÜLL, Sonderdruck)
Die Konkurrenzklausel, 3. Aufl. 1975 (GRÜLL, Konkurrenzklausel)
Handbuch für leitende Angestellte, 1962
Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. 1980
Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 1974
Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 1978
Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Insolvenz seines Arbeitgebers, 1977
Der leitende Angestellte im Bereich des geistigen Schaffens, UFITA 81 (1978), 133ff.
Kurzarbeit, Diss. Basel 1977
Leitfaden zum Arbeitsgesetz, 1966
Die leitenden Angestellten im Koalitions- und Arbeitskämpfrecht, 1975
Der Prokurist, 4. Aufl. 1980
Ausserordentliche Kündigung eines Vorstandsmitgliedes, SAE 1978, 278ff.
Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978 (HOYNINGEN, Billigkeit)
Das Recht der leitenden Angestellten, 1979
Besprechung von zwei BAG-Urteilen vom 29. I. 1980, SAE 1981, 27ff. (HROMADKA, BAG)
Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer, Diss. Zürich 1975
Die leitenden Angestellten, Schweiz. Kaufmännisches Zentralblatt 1970, Nr. 7, 1f.
Der leitende Angestellte in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, BB 1954, 536ff.
Kommentar zum Arbeitsgesetz, 1971
Personaldatenrecht im Arbeitsverhältnis. Sachgemässer Umgang mit Personalangaben im Betrieb, 1975
Anpassungsüberprüfung bei Gehältern von aussertariflichen und leitenden Angestellten, BB 1977, 1654ff.

- KAPLAN IBRAHIM Die Behandlung der Kauton nach neuerem schweizerischem Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1975
- KNUS JÜRG Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1978
- KRAYER GEORG Immaterialgüterrechtliche Erzeugnisse von Personen im Arbeitsverhältnis, Diss. Basel 1970
- FRIEDRICH Das Arbeitnehmerfinderrecht in der Praxis des Unternehmens, 1977
- KREMNITZ WALTER Die arbeitsrechtliche Stellung der Vertretungsorganmitglieder juristischer Personen in Deutschland und in der Schweiz, Diss. Basel 1976
- KREUSCH REINHARD Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977
- KUHNEN LOTHAR Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979
- LARENZ KARL Typus und Rechtsfindung, 1971
- LEENEN DETLEF Begünstigter Personenkreis bei Betriebsübergang, BB 1979, 526ff.
- LEPKE ACHIM Wettbewerbsverbot – Hochbesoldete, SAE 1973, Heft 7, 1ff.
- LÖWISCH MANFRED Die leitenden Angestellten – und kein Ende, NJW 1980, 2665ff.
- MARTENS KLAUS-PETER Arbeiter und Angestellte, 1969
- MAYER-MALY THEO Gedanken zur Entwicklung der Abgrenzung der leitenden Angestellten, BB 1974, 1124ff. (MAYER-MALY, Abgrenzung)
- MAYER-MALY THEO Der leitende Angestellte im österreichischen Recht, ZAS 1974, 203ff. (MAYER-MALY, ZAS)
- MAYER-MALY THEO Leitende Angestellte: Die dritte Kraft formiert sich, 1973
- MEENZEN HANNES Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 1978
- MEIER KURT Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich 1978
- MEYER BEAT Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, 1976
- MEYER DANIEL Haftung leitender Angestellter, insbesondere bei Fehlentscheidungen, NJW 1970, 27
- MONJAU HERBERT Der leitende Angestellte im deutschen Arbeitsrecht, Union 1957, 202ff. (MONJAU, Union)
- MÜLLER GERNOT Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis, 1974
- MÜLLER PETER Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach Art. 337 OR, Diss. Basel 1977
- NÄGELI EDUARD (Hrsg.) Einführung in das Arbeitsgesetz, 1966
- NEF URS Aktuelle Probleme des Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis, ZSR 92 I (1973), 355ff.
- NEF URS Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 1976, 17ff. (NEF, Gleichbehandlungsgrundsatz)
- NIEDENHOFF HORST-UDO Der leitende Angestellte. Selbstverständnis und Abgrenzung des Faktors Disposition, 1977 (NIEDENHOFF, Selbstverständnis)
- NIEDENHOFF HORST-UDO Die Abgrenzung der leitenden Angestellten in der Praxis, Mensch und Arbeit 1978, 86ff.
- NOBEL PETER Aktienrechtliche Entscheide, 1976
- NOZAR MANFRED Die Abgrenzung der leitenden Angestellten im BetrVerfG und die Zulässigkeit von Sprecherausschüssen, 1976
- OCHSNER ROBERT Abgrenzung der leitenden Angestellten, DB 1978, 2219ff.
- OPPENBERG SABINE Determinanten des leitenden Angestellten, Diss. München 1975
- ORLANDO DANILO A. Zur missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, SJZ 1977, 197ff.
- OTTE GFRD J.H. Zeitvertrag und Kündigungsschutz. Eine Untersuchung zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse, 1980
- PAKEBUSCH ERNST Die arbeitgeberähnlichen Personen und ihre arbeitsrechtliche Sonderstellung, Diss. Köln 1961
- Pakebusch Ernst Der leitende Angestellte in seiner arbeitsrechtlichen Sonderstellung, BB 1964, 42ff. (PAKEBUSCH, BB)
- PEDRAZZINI MARIO M. Gesellschaftsrechtliche Entscheide, 2. Aufl. 1978
- PÖNNER FRITZ Wandlungen in der Personalpolitik der Unternehmen, DB 1976, 867ff.
- RAPP FRITZ Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169ff.
- REICHER BERNHARD Der Arbeitnehmer als Urheber und das Recht des Arbeitgebers am urheberrechtsschutzfähigen Arbeitsergebnis, Diss. Zürich 1975

- REHBINDER MANFRED
REHBINDER MANFRED Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1981
Das Recht am Arbeitsergebnis, ZSR 91 I (1972), 1ff. (REHBINDER, Arbeitsergebnis)
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten im kollektiven Arbeitsrecht, BB 1972, 1197ff.
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN Die vorzeitige Beendigung der Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten, RdA 1976, 91ff. (SÄCKER, Beendigung)
- SCHAUB GÜNTER Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl. 1980
- SCHIESS MAYA Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich 1978
- SCHIMETSCHKE BRUNO Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Angestellten, FS Kummer, 1965, 313ff.
- SCHLESSMANN KARL Das Arbeitszeugnis, 4. Aufl. 1973
- SCHLÜTER WILFRIED Die Rechtsprechung des BAG im Jahr 1974, ZfA 1975, 448ff.
- SCHMID NIKLAUS Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der AG, SAG 1974, 101ff.
- SCHNEIDER WOLFGANG Die Abgrenzungsproblematik im Spannungsfeld zwischen Betriebsrat und Sprecherausschuss, WSI-Mitteilungen 1980, 375ff.
- SCHÜRCH JOHANN Die Behandlung der Arbeitsstreitigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitsgerichtsbarkeit der Kantone Basel-Stadt und Luzern, Diss. Basel 1978
- SCHÜRMMANN WALTER Anstellungsvertrag mit Führungskräften in der BRD, 1980
- SCHWEINGRUBER EDWIN Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 1976
- SKV Besondere Anstellungsbedingungen für leitende Angestellte, Merkblatt 4, 1979
- SOVILLA KURT Vom Fabrikgesetz zum Arbeitsgesetz, Sonderdruck aus der Schweiz. Arbeitgeber-Zeitung, 1966
- SPOENDLIN KASPAR Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsvertrag, ZSR 1980 I, 141ff.
- SPRING HANS-RUDOLF Die Entlohnung von ins Ausland entsandten Mitarbeitern durch die multinationale Unternehmung, Diss. St. Gallen 1975
- STAMM MARIE-LOUISE Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977
- STREIFF ULLIN Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 1972
- STURZENHECKER Der leitende Angestellte in Theorie und Praxis, Diss. Münster 1965
- WERNER
- SUDHOFF HEINRICH Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 10. Aufl. 1980
- TAUSEND HERMANN Der Vertrag des Geschäftsführers und der leitenden Angestellten einer GmbH und einer GmbH & Co KG, 1979
- TRIPONEZ PIERRE Ungleiche Kündigungsfristen und einseitige Kündigungsbeschränkungen, Diss. Bern 1975
- ANTOINE Probleme bei der Abgangschädigung, Wirtschaft und Recht 1980, 237ff.
- TSCHUDI HANS-PETER
- ULA (Hrsg.) Das Selbstverständnis der Union der leitenden Angestellten, Nr. 9, 1977
- ULA Vorstellungen und Forderungen zum Recht der Wettbewerbsverbote, RdA 1971, 300ff. (ULA, RdA)
- VELA Gehaltsstruktur, Urlaub und Mehrarbeit, 1978
- VISCHER FRANK Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, 1979, Bd. VII/1, 277ff.
- WAGENER WOLFGANG Leitende Angestellte: Verbesserung des Kündigungsschutzes, BB 1975, 1401ff.
- WALTER URS Die Angleichung des Arbeiters an den Angestellten als personalpolitische Massnahme, Diss. Freiburg 1973
- WANK ROLF Das Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht und im Arbeitsrecht, 1980
- WEBER HANSULRICH Der Anspruch auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976
- WIEGAND DIETRICH Der leitende Angestellte als Arbeitnehmer, 3. Aufl. 1976
- WIRZ MARTIN Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Basel 1979

WITTE	Die leitenden Angestellten. Eine empirische Untersuchung, 1974
EBERHARD/BRONNER	
ROLF	
WORM KURT	Das Arbeitsverhältnis leitender und langjähriger Angestellter, 1964
WYSS ULRICH	Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer, insbesondere Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigter, Diss. Bern 1976
ZIMMERMANN H.	Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, 1946
ZIMMERMANN JOSEPH	Der Mann an der Spitze, 1957
ZIMMERMANN WALTHER	Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1978

Einleitung

Die geschichtliche Entwicklung, die zu den leitenden Angestellten führt, verläuft parallel zur Industrialisierung und zur Entstehung von Grossbetrieben. Ein Unternehmen, das eine bestimmte Grössenordnung erreicht hatte, konnte nicht mehr allein vom Eigentümer geleitet werden. Teilaufgaben und Kompetenzen wurden an qualifizierte Kräfte, die zum Vertrauenskreis des Unternehmers gehörten, delegiert. Ihre Sonderstellung war durch langjährige, häufig sogar lebenslängliche Dienstverträge gekennzeichnet.

Der Aufschwung in Handel und Produktion brachte eine immer stärkere Aufgliederung der Geschäftsführung. Die Zahl der Angestellten, die zum engeren Kreis des Eigentümers gehörten und unternehmerische Teilaufgaben übernahmen, stieg beträchtlich. Es entstand die Schicht der leitenden Angestellten. Sie zeichnen sich aus durch Kreativität, Initiative, Leistungs- und Verantwortungsbereitschaft, Erfahrung und Können und bestimmen massgeblich die Entwicklung von Industrie und Wirtschaft.

Die Trennung von Eigentum und unternehmerischer Leistung kommt vor allem bei den Kapitalgesellschaften besonders deutlich zur Geltung. Die Führungsvoraussetzungen sind nicht mehr vom Kapitalbesitz abhängig. Die intuitiven Entscheidungen des Einzelunternehmers werden im Grossbetrieb stark zurückgedrängt durch die berechnende, abwägende Nüchternheit eines wissenschaftlich gebildeten Führungsteams. Der leitende Angestellte ist nicht mehr nur durch Aufgaben der Betriebsführung und seine disziplinarische Stellung als Vorgesetzter gekennzeichnet, sondern ebenso durch seine fachliche Qualifikation. Das Führungsverhalten hat sich geändert. Das Unterordnungsverhältnis des Arbeitnehmers zur Geschäftsleitung wird durch ein Partnerschaftsverhältnis abgelöst, bei dem eine häufig sehr weitgehende Delegation von Aufgaben und Kompetenzen auf untere Stufen erfolgt.

Eine veränderte Auffassung besteht auch hinsichtlich der Gewinnerzielung. Das Profitstreben hat – verursacht durch den Einfluss der angestellten wirtschaftlichen Führungskräfte – an Bedeutung verloren. Die unternehmerische Zweckbestimmung ist zweigeteilt in eine wirtschaftliche und in eine soziale. Die vielgestaltige Zielsetzung der Geschäftsleitung umfasst heute in erster Linie die Sicherheit, den Fortbestand und das Wohl des Unternehmens. Diese Zielsetzung gilt denn auch als Massstab für das Handeln der Führungskräfte.

Die leitenden Angestellten üben ihre Funktionen auf der Grundlage eines Einzelarbeitsvertrages im Sinne von Art. 319ff. OR aus und unter-

liegen in verschiedener Hinsicht einer anderen Regelung als die rein weisungsgebundenen Arbeitnehmer. Die schweizerische Literatur und Judikatur hat sich bisher nur am Rande mit diesem Personenkreis befasst, während beispielsweise in der BRD die rechtspolitische und die rechtswissenschaftliche Diskussion seit Jahrzehnten mit unverminderter Härte geführt wird. Es ist daher unumgänglich, aber auch wertvoll, die Regelungen des Auslandes zu berücksichtigen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Probleme der leitenden Angestellten vor allem in der deutschen Literatur mehrheitlich unter dem Gesichtspunkt von Betriebsverfassung und Mitbestimmung behandelt werden. Dieser Aspekt ist für die vorliegende Arbeit von geringer Bedeutung, da der schweizerische Gesetzgeber hier eigene Wege eingeschlagen hat.

Das erste Kapitel zeichnet die Probleme auf, die sich aus der besonderen Behandlung einer bestimmten Personengruppe ergeben können.

Im zweiten Kapitel werden die für die leitenden Angestellten geltenden gesetzlichen Bestimmungen und die von Literatur und Praxis herausgebildeten Abgrenzungsmerkmale untersucht.

Das dritte, das vierte und das fünfte Kapitel bilden den Kern dieser Arbeit. Sie behandeln das Arbeitsverhältnis und den Anstellungsvertrag mit leitenden Angestellten.

1. Kapitel: Problematik

§ 1 Allgemeines

Die leitenden Angestellten übernehmen teilweise Arbeitgeberfunktionen und stehen demzufolge der Unternehmerseite nahe¹. Die Gemeinsamkeiten mit den Eigentümern dürfen indessen nicht über die soziale Abhängigkeit und Unsicherheit hinwegtäuschen, der die Führungskräfte nach wie vor ausgesetzt sind. Sie stehen als soziale Gruppe eigener Art der Unternehmerschaft gegenüber². Man kann sie nicht allein von ihrer unternehmerischen Tätigkeit her einordnen, sondern muss auch stets ihren Arbeitnehmercharakter berücksichtigen. Sie üben ihre Funktionen auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen aus und sind allen übrigen Beschäftigten hinsichtlich Schutzbedürftigkeit weitgehend gleichgestellt³. Es handelt sich bei den leitenden Angestellten um eine eigenständige Berufsgruppe, die durch die Verschmelzung zweier scheinbar widersprüchlicher Wesensmerkmale gekennzeichnet ist: die Stellung als Arbeitnehmer und die Ausübung leitender Funktionen⁴.

Obwohl nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise alle Erwerbstätigen zum Gedeihen des Unternehmens beitragen, darf nicht übersehen werden, dass sich grundsätzlich zwei verschiedene Interessengruppen gegenüberstehen. Das Arbeitsrecht hat sich geschichtlich aus dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer entwickelt. Die personelle Trennung von Eigentum und Leitung und der Aufstieg angestellter Führungskräfte⁵ bewirkten einen Bedeutungswandel des Wortes «Unternehmer»⁶. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Erwerbstätiger in seiner rechtlichen und sozialen Stellung der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite zuzuordnen ist.

1 GALPERIN 65.

2 MEENZEN 19 spricht von einem zwiespältigen Verhältnis der leitenden Angestellten zur Arbeitgeberseite.

3 WIEGAND 118; BRAND 23 bezeichnet die leitenden Angestellten rechtlich als Arbeitnehmer, weil sie im Anstellungsverhältnis tätig sind und weder Eigentums- noch Besitzrechte an Produktionsmitteln haben. Wirtschaftlich betrachtet er sie aber als Arbeitgeber, da sie den übrigen Arbeitnehmern gegenüber die Unternehmensleitung repräsentieren.

4 STURZENHECKER 89.

5 BRAND 26 stellt den Angestellten-Unternehmer dem Kapital-Unternehmer gegenüber.

6 GRÜLL/KLEINE 64.

I. Beispiele

Einige einleitende Bemerkungen sollen – zum besseren Verständnis der vorliegenden Arbeit – die arbeitsrechtlichen Probleme der Führungskräfte zusammenfassen. Den Ausgangspunkt bildet die Frage, wer als leitender Angestellter zu betrachten ist. Sobald dieser Personenkreis festgelegt ist, stellt sich die weitere Frage nach der Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Art. 319ff. OR auf das Anstellungsverhältnis des leitenden Angestellten.

Die beiden Problemkreise sollen anhand einiger Beispiele erläutert werden:

1. Ein langjähriger kaufmännischer Angestellter wird nach zwanzigjähriger Mitarbeit im Unternehmen befördert. Er tritt künftig im Rechtsverkehr mit Dritten als Prokurist auf, übt aber nach wie vor keine unternehmerische Funktion aus. Ist der Titularprokurist als leitender Angestellter zu betrachten?

2. Die Exekutivorgane einer juristischen Person, wie Verwaltungsräte, Delegierte und Direktoren, treten in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, das vor allem durch die pflichtgemässe Erfüllung der in Gesetz, Statuten und Reglementen vorgesehenen Funktionen gekennzeichnet ist. Handelt es sich bei dieser Personengruppe um leitende Angestellte?

3. Der wissenschaftliche Mitarbeiter in der Forschungsabteilung eines Grossunternehmens der chemischen Industrie führt Strukturanalysen für das Gesamtunternehmen durch und entscheidet selber, welche Methoden angewendet und weiterentwickelt werden. Er übt seine Tätigkeit fachlich weisungsfrei aus. Ist er leitender Angestellter?

4. Der Kläger ist Chefbuchhalter mit Prokura in einem Handelsunternehmen. Über die Firma wird der Konkurs eröffnet. Nach Art. 219 SchKG sind Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung entstanden sind, privilegiert. Kann der Kläger – als leitender Angestellter – seine Forderungen wie jeder andere Arbeitnehmer geltend machen?

5. Art. 343 OR regelt die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmter Berufsgruppen wirken als Richter mit. Leitende Angestellte werden der Arbeitgeberseite zugeordnet. Sind folglich Konflikte zwischen Unternehmern und den bei ihnen tätigen leitenden Angestellten durch ordentliche Gerichte zu beurteilen, weil sie als Auseinandersetzungen unter Arbeitgebern zu betrachten sind?

6. Bei Schäden, die nach den Grundsätzen der gefahrgeneigten Tätigkeit zu beurteilen sind, vermindert sich der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Es liegt indessen im Wesen jeder gehobenen Position, dass sie mit einer besonderen Verantwortung verbunden ist. Hat deshalb das Berufsrisiko beim leitenden Angestellten für die Haftungsfragen ausser Betracht zu bleiben?

7. Die Arbeitszeit der Geschäftsleitung richtet sich grundsätzlich nach der für das Unternehmen geltenden Ordnung. Der leitende Mitarbeiter ist aber häufig zu Überstunden verpflichtet, um seine Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen zu können. Hat er Anspruch auf Vergütung der geleisteten Mehrarbeit?

8. Jeder Arbeitnehmer hat nach Art. 319 OR Anspruch auf das vereinbarte Salär. Der im Anstellungsverhältnis tätige Geschäftsleiter erzielt – nachweisbar dank seinem persönlichen Geschick – für seine Firma einen beträchtlichen Vermögenszuwachs. Steht ihm ein Rechtsanspruch auf Beteiligung zu?

Die Auswahl der Beispiele zeigt deutlich, dass dem zweiten Problemkreis, nämlich der Berücksichtigung der Sonderstellung des leitenden Angestellten, der Hauptteil dieser Arbeit gewidmet sein wird.

II. Terminologie

Die Definition des Begriffs⁷ des leitenden Angestellten und die Abgrenzung dieses Personenkreises von den übrigen Arbeitnehmern, den freien Mitarbeitern und den arbeitnehmerähnlichen Personen⁸ hat von jeher erhebliche Schwierigkeiten bereitet⁹. Eine Aufzählung der Merkmale leitender Tätigkeiten, die für das gesamte Wirtschaftsleben oder auch nur für Teilbereiche der Wirtschaft zu einheitlichen Ergebnissen führen würde, ist nicht möglich. Es kommt auf das konkrete, einzelne Unternehmen an, dem nicht vorgeschrieben werden kann, wie es Organisation und Führungsebenen zu gestalten hat¹⁰.

III. Begriff und Typus

In der Literatur wird häufig von der Bezeichnung, der Rechtsfigur, der Definition des leitenden Angestellten ausgegangen, um der Frage auszuweichen, ob es sich um einen Begriff oder einen Typus handelt.

7 Oder Typus, vgl. III.

8 FALKENBERG 1412, SCHAUB 35.

9 MAYER-MALY, Abgrenzung 1124.

10 EBERT 610, APEL 1146.

Nach der klassischen Lehre müssen beim Typus nicht sämtliche Einzelmerkmale vorliegen. Massgebend ist vielmehr das Verhältnis der Merkmale untereinander¹¹. Die Zuordnung erfolgt durch eine Orientierung am Gesamtbild, nicht durch begriffliche Subsumtion¹². Unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Unbestimmtheit auf abstufbaren Merkmalen beruht, werden nicht als Begriffe, sondern als Typen angesehen¹³.

Die Bezeichnung des leitenden Angestellten als Typus lässt sich damit begründen, dass eine befriedigende Definition nicht vorliegt¹⁴. Im übrigen kommt es für die Zuordnung zu diesem Personenkreis unter anderem auf den Umfang der Entscheidungsbefugnis, das Ausmass der Verantwortung und die fachliche Qualifikation an. Erforderlich ist eine Würdigung aller Merkmale. Der typische Gesamteindruck ist entscheidend¹⁵.

Das deutsche Bundesarbeitsgericht spricht in einem Beschluss vom 5.3.1974 von einem vorgegebenen Begriff des leitenden Angestellten, obwohl die Ausführungen des Gerichtes eher auf einen Typus schliessen lassen. Das BAG verlangt nicht, dass alle Merkmale in gleicher Weise vorliegen müssen. Es sucht ausserdem das Leitbild, wie es dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mag¹⁶. In einem neuen Beschluss vom 29.1.1980 weist das Gericht denn auch darauf hin, dass der Begriff des leitenden Angestellten nicht klar zu definieren ist, sondern nur typologisch beschrieben werden kann¹⁷.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich bei der Rechtsfigur des leitenden Angestellten eher um einen Typus als um einen Rechtsbegriff handelt¹⁸. Einige Autoren unterscheiden allerdings nicht zwischen Begriff und Typus¹⁹. Sie verstehen beispielsweise die von LARENZ als Typen bezeichneten Rechtsfiguren durchwegs als Begriffe und gehen von einer weiten Definition im Sinne eines Oberbegriffes aus. Diese Auffassung, die vor allem von ESSER²⁰ vertreten wird, liegt auch der vorliegenden Arbeit zugrunde.

11 LEENEN 47, LARENZ 200, KUHLEN 79.

12 KUHLEN 89: Durch die Subsumtion unter den abstrakt-allgemeinen Begriff wird der Gegenstand nicht in der Fülle aller seiner Eigenschaften und damit in seiner Individualität, sondern nur unter einem bestimmten Aspekt erfasst.

13 LEENEN 39.

14 PAKEBUSCH, BB 42, BOLDT, ZAS 3.

15 AHN 6.

16 LARENZ 444; nach AHN 65 spricht das Gericht nur deshalb von einem Begriff des leitenden Angestellten, weil das typologische Denken vielfach noch nicht bewusst und gewollt vollzogen wird.

17 Nach HROMADKA, BAG 30 liegt der Grund darin, dass die leitenden Angestellten eine Schicht sind, die sich nicht definieren, sondern nur typisieren lässt.

18 AHN 7, 25 nimmt ebenfalls einen Typus an, spricht aber in der Folge durchwegs vom Begriff des leitenden Angestellten, weil eine Unterscheidung inhaltlich keine Rolle spiele.

19 ESSER 48.

20 ESSER 48.

2. Kapitel: Der leitende Angestellte

§ 3 Gesetzliche Regelung

I. Die Normen des schweizerischen Obligationenrechtes

Ein Arbeitsvertrag im Sinne der Art. 319ff. OR begründet die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und dem leitenden Angestellten, auch wenn dieser ausschliesslich oder doch hauptsächlich unternehmerische Funktionen ausübt. Durch seinen Eintritt in die Dienste des Arbeitgebers entsteht zwangsläufig ein gewisses Unterordnungsverhältnis, wenn auch in einer anderen Form und in geringerem Ausmass als bei den übrigen Arbeitnehmern. Typisch für die Führungskräfte sind einerseits eine erhöhte Weisungsmöglichkeit und andererseits eine geringere Weisungsabhängigkeit. Es wäre allerdings falsch, für die Stellung als leitender Angestellter völlige Freiheit zu fordern oder ein uneingeschränktes Direktionsrecht gegenüber den Mitarbeitern zu postulieren¹. Sie sind – im Gegenteil – niemals weisungsfrei, weil auch sie in einem Arbeitnehmersverhältnis stehen².

Die alte Unterscheidung der Arbeitnehmer in Arbeiter, die überwiegend körperliche Arbeit, und Angestellte, die überwiegend geistige Arbeit leisten, lässt sich angesichts der gegenwärtigen Entwicklung der Arbeitswelt, insbesondere der zunehmenden Technisierung der Arbeitsvorgänge, nicht mehr aufrechterhalten³. Im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht wird der leitende Angestellte dementsprechend – im Gegensatz zur Regelung in Gesetz und Praxis der BRD – nicht erwähnt.

Das Arbeitsvertragsrecht enthält nun aber einige Bestimmungen, die ihrer Natur nach in erster Linie oder sogar ausschliesslich für die leitenden Angestellten gelten. Zwei Beispiele mögen diese Ansicht verdeutlichen:

– Das in den Art. 340ff. OR geregelte Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn der Arbeitnehmer kraft seiner Stellung im Unternehmen Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erhält und den Arbeitgeber durch die Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen könnte. Diese strengen Voraussetzungen werden in der Praxis wohl hauptsächlich von Angestellten in gehobener Position erfüllt.

1 MAYER-MALY, Abgrenzung 1127.

2 GALPERIN 73.

3 REHBINDER 26.

– Art. 332 OR regelt die Rechte an Erfindungen. Der grösste Teil aller Arbeitnehmererfindungen wird den leitenden Angestellten zugeschrieben. Sie sind, ihrer Stellung entsprechend, in besonderem Mass zu schöpferischen Leistungen im Interesse des Unternehmens berufen und verpflichtet.

II. *Arbeitsgesetz*

1. *Geltungsbereich*

Dieses Gesetz ist auf alle Personen anwendbar, welche in öffentlichen oder privaten Betrieben tätig sind⁴. Nach dem Territorialitätsprinzip müssen die unterstellten Personen im Inland beschäftigt werden. Die von schweizerischen Unternehmen im Ausland eingesetzten Arbeitnehmer unterstehen daher nicht dem Arbeitsgesetz⁵.

Ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich sind nach Art. 3 lit. d ArG⁶ unter anderem diejenigen Arbeitnehmer, welche eine höhere leitende oder eine wissenschaftliche Tätigkeit ausüben⁷. Bestehen Zweifel über die Anwendbarkeit des Gesetzes, so entscheidet nach Art. 41 Abs. 3 die kantonale Behörde. Gegen deren Entscheid ist gemäss Art. 57 Abs. 1 die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig⁸.

Die Notwendigkeit dieser Ausnahmebestimmung wird damit begründet, dass die in Art. 3 lit. d genannten Personen wegen ihrer besonderen Stellung im Betrieb eines öffentlich-rechtlichen Schutzes nicht bedürfen⁹. Sie üben ausserdem durchwegs unabhängige Tätigkeiten aus. Diese Selbständigkeit lässt es nicht zu, die betreffenden Personen einem starren Stundenplan zu unterwerfen¹⁰; sie sollen im Gegenteil für den Arbeitgeber vor allem in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein¹¹.

4 Art. 1 ArG.

5 SOVILLA 11.

6 Zur Entstehung von Litera d dieses Artikels und zur Stellung des leitenden Angestellten in früheren Arbeitnehmerschutzgesetzen des Bundes ausführlich: BRAND 59ff.

7 HINDERMANN 38 bezeichnet diese Ausnahme als die in der praktischen Auswirkung wichtigste.

8 BIGLER N 7 zu Art. 3 ArG.

9 BBl. 1960, 947, HINDERMANN 39.

10 HINDERMANN 39.

11 BGE 98 Ib 347.

2. *Höhere leitende Tätigkeit*

Art. 7 der Verordnung I zum ArG umschreibt die höhere leitende Tätigkeit¹² in allgemeiner Form¹³. Entscheidend sind die beiden kumulativ erforderlichen Merkmale der Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten und der entsprechenden Verantwortung¹⁴. Soweit ersichtlich, ist dieser Art. 7 der einzige Versuch des schweizerischen Gesetzgebers, die leitende Tätigkeit zu umschreiben¹⁵.

Eine höhere leitende Tätigkeit üben nicht nur die zur Vertretung befugten Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft, die unbeschränkt haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft und die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft aus, sondern auch die Direktoren, Subdirektoren, Filialleiter, Betriebsleiter usw.¹⁶. Andere Arbeitnehmer können je nach ihrer Stellung im Einzelfall ebenfalls zu diesem Personenkreis zählen. Massgebend sind die Art der Tätigkeit und die Grösse des Betriebes¹⁷.

a) *Entscheidungsbefugnis*

Eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Art. 3 lit. d ArG setzt die Befugnis voraus, in wesentlichen Angelegenheiten selber zu entscheiden¹⁸ und nicht nur Antrag zu stellen. Ein Abteilungsleiter, der zwar im Betrieb unentbehrlich ist, aber keine Entscheidungsbefugnis besitzt, übt keine höhere leitende Tätigkeit aus¹⁹.

Eine selbständige Entscheidungsbefugnis kommt im allgemeinen nur bei Führungskräften in Linienfunktion²⁰ vor und ist auch dann regel-

12 Nach BRAND 79 bezweckt die neue Formulierung der höheren leitenden Tätigkeit gegenüber der alten Fassung «höhere Vertrauensstellung», den vom Gesetz auszunehmenden Personenkreis möglichst eng zu gestalten, um zu verhindern, dass schutzbedürftige Personen ausserhalb des öffentlich-rechtlichen Schutzes stehen.

13 Der Umstand, dass das Gesetz nicht einfach von leitender, sondern von höherer leitender Tätigkeit spricht, muss zu einer restriktiven Auslegung führen.

14 HUBSCHMID 1, HÜBER 37.

15 KNUS 26; SCHWEINGRUBER N 6x zu Art. 319 OR bezeichnet den Umstand, dass das ArG sprachlich zwischen Arbeitnehmern und leitenden Angestellten unterscheidet, als störend.

16 BIGLER N 7 zu Art. 3 ArG.

17 SOVILLA 12, BIGLER N 7 zu Art. 3 ArG.

18 BÖKER 45; BRAND 35 spricht von letzter, grundlegender, richtungsgebender Entscheidungsbefugnis.

19 BGE 98 Ib 348, 350: Diese Entscheidungsbefugnis entfällt, wenn sich der Geschäftsinhaber in Grundsatzfragen der Geschäftspolitik ausdrücklich den letzten Entscheid vorbehalten hat.

20 Vgl. unten d) Linien- und Stabsstellen.

mässig mit Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungskontrolle vermischt. Jeder leitende Angestellte muss sich darüber hinaus im Rahmen seines Auftrages oder allgemeiner Weisungen halten und seine Anordnungen stets der Gesamtaufgabe anpassen. Ein hohes Mass an Entscheidungsbefugnissen kann daher auch in Linienfunktionen nicht ohne weiteres gefordert werden. Massgebend ist, dass der leitende Angestellte dort, wo er selber zu entscheiden hat, einen wesentlichen Ermessensspielraum besitzt²¹. Er muss in seinem eigenen Bereich bestimmen können²².

Der leitende Angestellte übt Funktionen aus, die in ihrer Gesamtheit die am Markt orientierte Führung eines Unternehmens ermöglichen. Seine Stellung erfordert Übereinstimmung mit den Unternehmenszielen und die Bereitschaft, sich voll dafür einzusetzen²³.

Das selbständige Entscheidungsrecht muss indessen innerhalb eines für den Betrieb wesentlichen Aufgabenbereiches vorliegen. Sofern ein Angestellter hauptsächlich ausführende Funktionen wahrnimmt und nur beschränkte Weisungsbefugnisse hat, ist eine leitende Tätigkeit zu verneinen²⁴.

Der leitende Angestellte übt eine im Vergleich mit den übrigen Arbeitnehmern besondere, hervorgehobene Tätigkeit aus, die sich nicht in reinen Aufsichts- und Überwachungsfunktionen erschöpft. Die ihm übertragenen Aufgaben sind von einer Bedeutung für das Unternehmen, die über dem liegt, was eine übliche Angestelltentätigkeit ausmacht²⁵. Er trifft entweder die Entscheidungen selbst oder bereitet sie mindestens vor²⁶.

b) Wesentliche Angelegenheiten

Nach Art. 7 ArV I sind darunter Angelegenheiten zu verstehen, die das Unternehmen als Ganzes oder doch einen bedeutenden Teil desselben betreffen und Fragen aufwerfen, deren Lösung die Struktur des Unternehmens nachhaltig beeinflussen kann²⁷. Das qualitative Kriterium der Wesentlichkeit ist von herausragender Bedeutung, weil in der Regel jeder Angestellte gewisse Entscheidungen zu treffen hat.

21 OCHSNER 2219, GAUL-BARTENBACH 52, HROMADKA, BAG 29, NIEDENHOFF 88, MARTENS 2666.

22 GALPERIN 73.

23 BAUSCH 59, GIFT 14.

24 GAUL 36.

25 Nach GOOSSENS 16 unterscheiden sich die leitenden Angestellten demnach vom selbständigen Unternehmer nicht in ihren Aufgaben, sondern in ihrer sozialen Stellung.

26 NIEDENHOFF 87, STURZENHECKER 75.

27 BIGLER N 7 zu Art. 3 ArG.

Unter entsprechender Verantwortung ist die Befugnis zu verstehen, die Entscheidungen selbständig zu treffen und sie gegenüber der Unternehmensleitung direkt zu vertreten²⁸. Es ist sinnvoll, sie mit dem Hinweis auf eine mögliche Haftung im Anstellungsvertrag festzulegen und den übrigen Betriebsangehörigen bekanntzugeben²⁹.

Die unmittelbare Verantwortung gegenüber der obersten Führung ist ein gewichtiges Indiz für die Leitungsfunktion. Sie reicht aber allein nicht aus, wenn der Aufgabenbereich nicht darauf ausgerichtet ist, Entscheidungen selbständig vorzubereiten oder zu treffen³⁰. Sie darf andererseits nicht so weit gehen, dass der leitende Mitarbeiter unternehmerische Risiken eingehen muss. Die Übernahme solcher Risiken unterscheidet den Selbständigen vom Angestellten³¹. Sein Risiko besteht lediglich darin, unter Umständen den Arbeitsplatz zu verlieren.

In der Literatur wird häufig zwischen Sach- und Personalverantwortung³² unterschieden³³. Die Verantwortung gilt aber in beiden Fällen als ein mögliches Kennzeichen von Führungskräften. Die Personalverantwortung nimmt indessen mit der Zahl der Beschäftigten zu, während die Sachverantwortung nur in Unternehmen mit weniger als 10 000 Beschäftigten einen Hinweis zur Abgrenzung leitender Angestellter bietet³⁴.

Die «verantwortliche Wahrnehmung» von Aufgaben steht im Gegensatz zur Tätigkeit der rein ausführenden Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob sie eine qualifizierte Arbeit verrichten. Die Verantwortung zeigt sich gerade darin, dass eine eigene Dispositionsbefugnis vorliegt³⁵. Sie bezieht sich auf das Einstehenmüssen für die eigenen Handlungen³⁶. Die Kader ei-

28 Nach H. ZWAHLEN, in: HUG N 13 zu Art. 3 ArG, braucht diese Befugnis nicht ausserhalb des Unternehmens in Erscheinung zu treten.

29 STURZENHECKER 34.

30 Die entsprechende Verantwortung ist nach SOVILLA 11 in der Entscheidungsbefugnis bereits enthalten; ähnlich wohl auch HÜBER 38. Er versteht unter Verantwortung die Befugnis des höheren leitenden Mitarbeiters, Entscheidungen in wesentlichen Angelegenheiten selbständig zu treffen. Ebenso: ZIMMERMANN J. 118.

31 GIFT 75, GAUL 33; a.M. BRAND 36, der die Übernahme eines Kapitalrisikos durch den leitenden Angestellten zwar nicht für erforderlich, wohl aber für möglich hält.

32 Unter Personalverantwortung wird die Zuständigkeit für personelle Entscheidungen, z.B. Einstellung, Versetzung und Entlassung, Personalbeurteilung etc., verstanden. Die Sachverantwortung konkretisiert demgegenüber nach WITTE/BRONNER 67 die Bedeutung einer Position für Bestand und Entwicklung des Unternehmens.

33 WITTE/BRONNER 66, OPPENBERG 123.

34 WITTE/BRONNER 89 aufgrund einer empirischen Untersuchung.

35 In der deutschen Literatur wird denn auch fast einhellig von Eigenverantwortung gesprochen, in Übereinstimmung mit § 5 III Ziff. 3 BetrVerfG. Ziff. 3 lautet: Leitende Angestellte, wenn sie ... im wesentlichen eigenverantwortliche Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmässig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebes im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden.

36 BÖKER 144; ebenso MAYER-MALY, ZAS 208 für das österreichische Recht.

nes Stabsorgans sind für ihre Ratschläge und Vorbereitungshandlungen ebenso verantwortlich wie diejenigen der Linie für ihren Entscheid, der als konkreter Auftrag zur Ausführung weitergegeben wird³⁷.

d) *Linien- und Stabsstellen*

Die leitenden Angestellten bilden nach der Art der ihnen übertragenen Aufgaben zwei grosse Gruppen. Das Liniensystem, in dem die betriebliche Hierarchie am deutlichsten zur Geltung kommt, entsteht durch delegierte Leitungs- und Entscheidungsbefugnisse. Diese Linienfunktionäre bilden die sogenannte Tatgruppe. Von ihnen zu unterscheiden sind die leitenden Angestellten der Ratgruppe, die vorwiegend in Stabsfunktionen tätig sind, d.h. im wesentlichen leitungsunterstützende Aufgaben zu erfüllen haben. Sie sind die Berater der Geschäftsführung und haben in der Regel keine eigenen Entscheidungsbefugnisse.

Höhere leitende Angestellte, und daher vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen, sind aber auch diejenigen Arbeitnehmer, welche die unternehmerischen Handlungen in den Stabsstellen vorbereiten, ohne selber die in Art. 7 ArV I vorausgesetzte Entscheidungsbefugnis zu besitzen³⁸. Wer die unternehmerischen Ziele und Probleme zu einer solchen Reife bringt, dass nur noch die abschliessende Entscheidung zu treffen bleibt, ist leitender Angestellter, weil er wie ein Unternehmer denken und planen muss³⁹. Es erscheint daher als gerechtfertigt, die Sachkenntnis gleichwertig neben die Entscheidungskompetenz zu setzen und auch den Stabsangestellten unter den Begriff des leitenden Angestellten einzuordnen⁴⁰.

Stabskräfte sind betriebsorganisatorisch qualifizierte Spezialisten ohne Vorgesetztenstellung, die beratende, kontrollierende oder prüfende Tätigkeiten ausführen. Die Stäbe haben beratende Funktion, indem sie die betrieblichen Aufgaben vorbereiten und unterstützen⁴¹. Sie überprüfen aber auch die von der Linie ausgeführten Massnahmen. Leitungsfunktionen liegen indessen nur dann vor, wenn die Beratungstätigkeit der Stäbe mangels Sachkunde der Linie die unternehmerischen Entscheidungen zu bestimmen vermag⁴².

37 Bankprokuristenverein 36.

38 GAUL 34: Stabsangestellte haben, von ihrem eigenen Abteilungsbereich abgesehen, keine unmittelbaren Eingriffsbefugnisse in die von ihnen beratenen Linienstellen.

39 WIEGAND 46, SCHLÖTER 450, GRÖLL, Sonderdruck 7.

40 GOOSSENS 19, Bankprokuristenverein 51, FASSBENDER 204, NIEDENHOFF, Selbstverständnis 11.

41 Z.B. die Rechtsabteilung in ihrer beratenden Tätigkeit für alle juristischen Fragen.

42 GAUL 36, BÖKER 38; a.M. SCHÜRMANN 3, der nicht zwischen qualifizierter wissenschaftlicher Tätigkeit einerseits und beratender, vorbereitender Tätigkeit der Stäbe andererseits unterscheidet.

Die Stabsstellen haben sich aus der Tätigkeit von Assistenten entwickelt. Die Führungskräfte in der Linie werden dadurch entlastet, dass alle schwierigen oder zeitraubenden Spezialuntersuchungen einem zu diesem Zweck geschaffenen Beratungsorgan zu überlassen sind⁴³. Die Verlagerung der besonderen Probleme eines bestimmten Fragenkreises in eine mit dieser Beratung betraute Stabsstelle ermöglicht es, qualifizierte Kräfte einzusetzen und damit einen bedeutend höheren Wirkungsgrad zu erzielen⁴⁴.

Eine Gleichstellung von Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungsbefugnis drängt sich auch aus einem anderen Grund auf. Die unternehmerische Willensbildung erfolgt durch verschiedene, aufeinander abgestimmte Einzelakte. Im modernen Unternehmen können diese Aufgaben nur noch von mehreren Betriebsangehörigen nach dem Prinzip der Arbeitsteilung wahrgenommen werden⁴⁵. Die Willensbildung ist das Produkt der Anstrengungen mehrerer Personen. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, nur den letzten Akt, die Entschlussfassung, als leitende Tätigkeit zu betrachten und alle anderen Beiträge unberücksichtigt zu lassen. Ausserdem verschiebt sich der eigentliche Schwerpunkt mehr und mehr auf die vorbereitenden Massnahmen. Die Stäbe können die letzte Entscheidung de facto vorwegnehmen, so dass sie von den Linienstellen lediglich formell bestätigt werden muss⁴⁶.

Beratungs- und Kontrollorgane üben aber immer nur dann eine leitende Tätigkeit aus, wenn sie zur Willensbildung beitragen⁴⁷. Massgebend ist der Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische oder wissenschaftliche Führung des Unternehmens. Sie müssen Voraussetzungen schaffen, an denen die eigentliche Unternehmensleitung nicht vorbeigehen kann⁴⁸.

3. *Wissenschaftliche Tätigkeit*

Die Literatur zum Arbeitsgesetz versteht darunter einheitlich eine Tätigkeit, die der Forschung und Entwicklung gewidmet ist und dem Wissenschaftler eine grosse Freiheit und viel Initiative bei der Einteilung seiner Arbeit lässt⁴⁹. Diese Voraussetzungen genügen zwar für den Ausschluss aus

43 GAUL 153.

44 GAUL 154.

45 ULA 10.

46 STURZENHECKER 20 unterscheidet direktes und indirektes Leiten.

47 STURZENHECKER 22; a.M. GRÜLL/KLEINE 116, die jede Stabstätigkeit als leitende bezeichnen.

48 HOFFKNECHT 36, WITTE/BRONNER 5, BREDOW 1316.

49 CANNER/SCHOOP 12, HINDERMANN 39.

dem Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes. Es handelt sich bei diesem Personenkreis indessen nicht ohne weiteres um leitende Angestellte⁵⁰.

Diese hochqualifizierten Spezialisten üben nur dann eine leitende Tätigkeit aus, wenn sie aufgrund ihrer Ausbildung sowie der besonderen Fachkenntnisse und Berufserfahrungen für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens von tragender Bedeutung sind. Gemeint sind in erster Linie Entwicklungskonstrukteure, Versuchsingenieure und Chemiker. GRÜLL⁵¹ geht aber zu weit, wenn er zu diesem Kreis auch Einkäufer, Exportkaufleute, Bilanzbuchhalter, Steuerexperten usw. rechnet. Die zuletzt genannten Personen sind nur dann leitende Angestellte, wenn – als weiteres Kriterium – entweder Entscheidungsbefugnis oder Entscheidungsvorbereitung vorliegt⁵². Die qualifizierte Tätigkeit allein genügt nicht.

Eine Zusammenfassung – nicht aber eine Gleichstellung – von leitenden und «nur» hochqualifizierten Angestellten ist ausnahmsweise und nur dann zu vertreten, wenn soziale und soziologische Aspekte gegenüber betriebs- und volkswirtschaftlichen im Vordergrund stehen. Dies mag bei Prestigefragen zutreffen und spielt offensichtlich bei den Verbänden leitender Angestellter eine bedeutende Rolle⁵³.

Die hochqualifizierte Tätigkeit setzt in der Regel eine akademische Ausbildung und eine darauf aufbauende Berufserfahrung voraus. Die Vorbildung ist allerdings nicht nur ein Merkmal der wissenschaftlichen Tätigkeit, sondern liegt auch bei Personen mit unternehmerischen Funktionen vor. Jeder leitende Angestellte muss in diesem Sinn qualifiziert sein und sich durch seine Leistung aus der Masse der übrigen Mitarbeiter herausheben. Die besondere Qualifikation muss seine Tätigkeit für das Unternehmen prägen⁵⁴. Dem Anspruch besonderer Kenntnisse genügt neben einer theoretischen, d.h. akademischen, auch eine besondere praktische Ausbildung⁵⁵.

§ 4 Weitere Merkmale

I. Angestellte Arbeitgeber

Sie stehen trotz ihrer Arbeitnehmereigenschaft in einem Interessengegensatz zu den übrigen Erwerbstätigen⁵⁶. Als Wesensmerkmal gilt die Be-

50 WILH. BRONNER 18; a.M. BÖKER 26 sowie BRAND 44, der diese Personengruppe bei überwiegend wissenschaftlicher Tätigkeit als leitende Angestellte bezeichnet. Überzeugend hingegen: STURZENHECKER 86.

51 GRÜLL, Praxis 43.

52 Vor allem die ältere Literatur unterscheidet nicht zwischen hochqualifizierter Tätigkeit und Stabsfunktion.

53 STURZENHECKER 185.

54 BRAND 42, GALPERIN 74, OCHSNER 2220.

55 OPPENBERG 93.

56 A.M. DGB, LA 5.

fugnis, selbständig Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen⁵⁷, da diese Kompetenz in der Regel vom Arbeitgeber selber ausgeübt und nur aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses übertragen wird. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Vertretungsbefugnis im betrieblichen Innenverhältnis mit rechtskräftiger Wirkung nach aussen⁵⁸.

Die Arbeitgeberfunktion erfasst nur einen Teilbereich der Unternehmertätigkeit. Arbeitgeber⁵⁹ ist jeder, der einen anderen als Arbeitnehmer beschäftigt. Mit dieser Funktion wird aber nur die Sphäre des Arbeitsverhältnisses, die soziale Polarität angesprochen⁶⁰. Der Unternehmer ist Arbeitgeber im Verhältnis zu seinem Arbeitnehmer. Wer aber wesentliche Entscheidungen vorbereitet oder selber trifft, hat teil an der Geschäftsleitung und übt ebenfalls Unternehmerfunktionen aus.

Die ältere Literatur unterscheidet nicht oder nicht eindeutig zwischen Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen⁶¹. Entscheidendes Merkmal für einen leitenden Angestellten ist der Anteil an der unternehmerischen Leitung. Die bisherigen Kriterien⁶² werden nicht grundsätzlich abgelehnt; sie sind aber nur noch von sekundärer Bedeutung⁶³.

Die leitenden Angestellten werden der Unternehmensführung und nicht nur der Arbeitgebersphäre zugerechnet, weil «leiten» nicht nur persönlich, sondern auch sachlich verstanden werden muss und nicht allein die Führung der übrigen Arbeitnehmer, sondern die gesamte Leitung des Unternehmens betrifft. Eine Arbeitgeberfunktion, insbesondere eine Vorgesetztenstellung reicht daher allein noch nicht aus. Hinzukommen muss die Teilnahme an der unternehmerischen Leitung⁶⁴. Anderenfalls müssten die Sachbearbeiter in der Personalabteilung eines Grossbetriebes, denen häufig Einstellungs- und Entlassungsbefugnisse zustehen, zum Kreis der leitenden Angestellten gerechnet werden. Entscheidend ist somit nicht die Arbeitgeberfunktion, sondern die Erfüllung derjenigen Voraussetzungen, die die unternehmerische Aufgabenstellung kennzeichnen⁶⁵.

57 HOFFKNECHT 37 bezeichnet die Arbeitgeberfunktion zu Recht als Unternehmerfunktion in personellen Bereichen.

58 WITTE/BRONNER 5; a.M. GRÜLL/KLEINE 160, die auch die handelsrechtlichen Vollmachten der Arbeitgeberfunktion zurechnen.

59 Zum Arbeitgeberbegriff: REHBINDER 23, WORM 6.

60 HERSCHEL 142.

61 Z.B. MONJAU, Union 202, BRAND 86, HUECK 536, PAKEBUSCH, BB 43; aber auch SCHNEIDER 376.

62 MAYER-MALY, ZAS 207; nach AHN 30 verwendet die ältere Literatur fast immer die Arbeitgeberfunktion zur Kennzeichnung der leitenden Angestellten.

63 BOLDT, ZAS 3 stellt die Ausübung von Arbeitgeberfunktionen und die besondere Qualifikation der Arbeitsleistung auf die gleiche Stufe. Richtig hingegen HOFFKNECHT 35: Die Arbeitgeberbefugnisse können jedoch (heute) nicht (mehr) als notwendiges Merkmal des leitenden Angestellten angesehen werden.

64 AHN 33.

65 So auch MEENZEN 67 für den leitenden Angestellten nach dem deutschen BetrVerfG.

II. *Angestellte Unternehmensvertreter*

Handlungsvollmacht und Prokura begründen die Befugnis, das Unternehmen nach aussen zu vertreten⁶⁶ und rechtswirksam zu verpflichten. Ob eine leitende Tätigkeit vorliegt, hängt vom Einzelfall ab, da diese Bezeichnungen nicht notwendigerweise mit einer Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verbunden sind.

Titel⁶⁷ und Ausbildung sind dabei unerheblich; bedeutsam hingegen sind die tatsächliche Natur der Tätigkeit und die Grösse des Betriebes. So wird man in einem Kleinbetrieb eine höhere leitende Tätigkeit bejahen bei einem Angestellten, der regelmässig den Arbeitgeber vertritt und an seiner Stelle wichtige Entscheidungen trifft, auch wenn er weder einen Titel trägt noch eine besondere Ausbildung genossen hat⁶⁸. Ein Prokurist, der weder in wesentlichen Angelegenheiten Entscheidungsbefugnisse hat noch eine Stabsfunktion ausübt, fällt hingegen unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes⁶⁹.

Es liegt nahe, handelsrechtliche Vollmachten in erster Linie den in kaufmännischen Bereichen tätigen Mitarbeitern zu erteilen. Es ist deshalb schon von der Sache her verfehlt, Bevollmächtigung einerseits und leitende Tätigkeit andererseits gleichzusetzen, wie dies in der Praxis häufig geschieht⁷⁰.

III. *Gehaltshöhe*

Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Lohnklasse ist nicht ausschlaggebend⁷¹. Ein schlecht besoldeter leitender Angestellter verliert deswegen keinesfalls seinen Status. Dennoch kann natürlich ein sehr hohes Gehalt auf eine leitende Tätigkeit hinweisen⁷². Es sind aber grundsätzlich die Führungsfunktionen und -qualifikationen und nicht etwa die hohe Position und das Einkommen, die die leitenden Angestellten von den übrigen Arbeitnehmern abheben⁷³.

66 BÖKER 85; Die Vertretungsmacht im Aussenverhältnis sagt nichts aus über die betriebliche Leitungsfunktion; a.M. BRAND 37.

67 Sogenannte Titularprokuristen. Nach BÖKER 136 ist es in der Praxis üblich, die Befugnisse von leitenden Angestellten im Aussenverhältnis – aus Prestige Gründen – weit zu fassen.

68 GRÜLL, Praxis 43.

69 CANNER/SCHOOP 3.

70 GRÜLL/KLEINE 185.

71 WIGAND, Beilage 2, BAGF vom 9.12.1975 (DB 1976, 631ff.); a.M. GRÜLL/KLEINE 160. Sie bezeichnen die Höhe der Bezüge als typisches Merkmal für die Zugehörigkeit zur Angestelltenschaft.

72 GALPERIN 72, EBERT 610, WORM 13, AHN 37, SCHIMETSCHKE 320; a.M. anscheinend STURZENHECKER 84.

73 BAUSCH 60; a.M. SCHÜRMANN 9.

Die Gehaltshöhe ist nicht in erster Linie Ausdruck einer funktionellen Zuordnung zum Arbeitgeber. Sie hängt vielmehr von der fachlichen Qualifikation, der persönlichen Eignung, der Marktlage und anderen Einflüssen ab⁷⁴.

IV. *Aussertarifliche Angestellte*

Die leitenden Angestellten stehen nach der Art ihrer Tätigkeit in der Regel ausserhalb des persönlichen Geltungsbereiches tariflicher Abreden. Ihre Arbeitsbedingungen werden in individuellen Anstellungsverträgen festgelegt. Die Tariffreiheit ist aber kein Beweis für die Zugehörigkeit zum Kreis der Führungskräfte⁷⁵, obwohl die beiden Gruppen in Literatur und Praxis häufig nicht eindeutig genug abgegrenzt werden⁷⁶. Man kann indessen davon ausgehen, dass sich die leitenden durchwegs aus dem gehobenen Teil der Kategorie der aussertariflichen Angestellten zusammensetzen⁷⁷. Entscheidend ist auch hier die Ausübung einer echten leitenden Tätigkeit im Unternehmen.

V. *Vorgesetztenfunktion*

Vorgesetztenfunktionen übt auch aus, wer lediglich auf einer der unteren Delegationsstufen den Arbeitseinsatz durchführt oder überwacht. Es kann sich dabei auch um Mitarbeiter mit akademischer Vorbildung handeln, denn die hochqualifizierte Tätigkeit allein weist nicht ohne weiteres auf einen leitenden Angestellten hin⁷⁸.

Die vorbereiteten unternehmerischen Entscheidungen müssen getroffen und in den Betrieben durchgesetzt werden. Diesem Zweck dienen die Linienstellen⁷⁹. Nun muss aber nicht jeder Mitarbeiter, der unternehmerische Entscheidungen in den Betrieben ausführt, zugleich leitender Angestellter sein. Andernfalls würde die blossе Vorgesetztenfunktion genügen, weil der Vorgesetzte seinen Mitarbeitern Anweisungen erteilen muss, die ihren Ursprung letztlich bei der Unternehmensleitung haben⁸⁰. Stellt man ausschliesslich auf die Anordnungsgewalt ab, so erfasst man zwar die Ange-

74 GAUL 56, BÖKER 141.

75 SCHNEIDER 378, BÖKER 140, GRÜLL, Sonderdruck 5, FISCHER G. 65.

76 GALPERIN 72, GIFT 20.

77 EBERT 610, FRIEDRICHS 54; a.M. FÖHR 1768, der alle aussertariflichen Angestellten als leitende behandelt.

78 Vgl. § 3.

79 A.M. WIEGAND 46, der nur den ausführenden Personen Linienfunktion zuschreibt und die Entscheidungsbefugnis nur dem Unternehmer selber oder seinem gesetzlichen Vertreter zukommen lässt.

80 GAUL 33, GIFT 20, AHN 63, BOLDT 260, HERSCHEL 141, 144.

stelltenhierarchie in ihrer ganzen Breite, doch findet man kaum die Grenze zu den Führungskräften⁸¹.

Von einer Leitungsfunktion kann nur gesprochen werden, wenn die Aufgabenstellung genügend Spielraum lässt, um eigenverantwortliche Initiative zu entfalten. Eine Tätigkeit, die nur im Vollzug der in allen Einzelheiten vorgegebenen Aufgaben besteht, kann nicht als der Unternehmensphäre nahekommende, echte Führungsfunktion bewertet werden⁸².

§ 5 Gesamtbild

Die leitende Tätigkeit spiegelt sich in ihren Kompetenzen und der damit verbundenen Verantwortung. Während der erste Gesichtspunkt stärker die aktive Seite, die Berechtigung und Verpflichtung zu bestimmten Handlungen betont, ist die Verantwortung eher passiv, gegenüber der Geschäftsleitung, zu verstehen⁸³.

Der leitende Angestellte bereitet selbständig unternehmerische Entscheidungen vor oder führt sie mittels seiner Organisationsbefugnisse aus. Linien- oder Stabsfunktionen müssen nach Art. 7 ArV I mit der entsprechenden Verantwortung verbunden sein, damit sie ihren Träger als Arbeitnehmer mit höherer leitender Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG qualifizieren. Die Vertrauensstellung allein genügt nicht ohne weiteres⁸⁴.

Es lassen sich grundsätzlich vier Arten von Führungsfunktionen unterscheiden:

– Unternehmerfunktion

Die Tätigkeit eines leitenden Angestellten muss durch die besondere Bedeutung seiner Aufgaben und durch seine qualifizierte Leistung geprägt sein⁸⁵. Es liegt eine unternehmerähnliche Stellung vor, deren Wesensmerkmal die selbständige Entscheidungsbefugnis oder die unternehmenspolitische Stabsarbeit ist⁸⁶.

– Hochqualifizierte Tätigkeit

Die wissenschaftliche Tätigkeit genügt zwar für den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes. Die Spezialisten in Forschung und Entwicklung sind aber nicht ohne weiteres, sondern nur dann leitende

81 WIEGAND 47.

82 GAUL/BARTENBACH 23.

83 WITTE/BRONNER 66.

84 BGE 98 Ib 348; nach WIEGAND 33 wird abweichend vom früheren besonderen Vertrauen des Arbeitgebers auf die Funktion des Angestellten abgestellt.

85 Gleiches Ergebnis, aber ungenaue Terminologie bei SCHÜRMANN 2. Überzeugend hingegen: AHN 30, 33.

86 A.M. GRÖLL/KLEINE 160, die mehr auf die Vertrauensstellung als auf die Funktion abstellen.

Angestellte, wenn sie aufgrund von Ausbildung, Fachkenntnissen und Berufserfahrungen für den Bestand und die Weiterentwicklung des Unternehmens von tragender Bedeutung sind.

– Arbeitgeberfunktion

Hervorzuheben sind einerseits der Interessengegensatz zu den übrigen Arbeitnehmern und andererseits die Befugnis, Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen. Die Arbeitgeberfunktion begründet aber hauptsächlich in Grossbetrieben für sich allein noch keine leitende Tätigkeit.

– Vertretungsfunktion

Auch bei den das Unternehmen nach aussen vertretenden Personen, vor allem den Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen, handelt es sich nicht ohne weiteres um leitende Angestellte, da diese Bezeichnungen nicht immer mit einer Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verbunden sind.

Die Unternehmerfunktion in Stab und Linie weist somit durchwegs, die hochqualifizierte Tätigkeit, die Arbeitgeber- und die Vertretungsfunktion immerhin meistens auf leitende Aufgaben hin. Keine Merkmale, sondern höchstens Indizien für die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe stellen hingegen die Gehaltshöhe, die Tariffreiheit und die Vorgesetztenstellung dar.

3. Kapitel: Das Arbeitsverhältnis des leitenden Angestellten

§ 6 Treuepflicht

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem leitenden Angestellten stellt eine wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit dar. Man darf indessen dieses Verhältnis nicht als die entscheidende Grundlage der vertraglichen Beziehungen zwischen den beiden Parteien betrachten. Der Arbeitsvertrag ist vielmehr in erster Linie schuldrechtlicher Natur¹ und besitzt nur eine besondere personenbezogene Prägung, die weniger durch die persönliche Abhängigkeit als durch die notwendige enge Zusammenarbeit gekennzeichnet ist².

Den leitenden Angestellten trifft, wegen seiner herausgehobenen Stellung, eine erhöhte Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber³. Ihm obliegt zum Beispiel die Pflicht, in gebotenum Umfang Aufgaben und Tätigkeit anderer Arbeitnehmer zu überwachen. Die besondere Treuepflicht belastet sein Vertragsverhältnis mit erheblichen Risiken. Ein geringfügiger Anlass kann die persönliche Vertrauensbasis erschüttern und eine weitere Zusammenarbeit in Frage stellen⁴.

Die arbeitsvertragliche Treuepflicht kann ausnahmsweise auf das Privatleben einwirken, nämlich dann, wenn sich der persönliche nicht ohne weiteres vom dienstlichen Bereich trennen lässt. Falls der leitende Angestellte auch in seiner Freizeit als Repräsentant des Unternehmens betrachtet wird, kann ihm sein ausserdienstliches Verhalten vorgeschrieben werden⁵. Unvereinbar mit seiner beruflichen Stellung sind beispielsweise ungeordnete finanzielle Verhältnisse oder Bestrafungen wegen Vermögensdelikten⁶.

Die gesteigerte Treuepflicht⁷ verpflichtet den leitenden Angestellten auch ohne vertragliche Verabredung zu einem besonderen Mass an Arbeitsleistung. Aus der Zuordnung zur Arbeitgeberseite folgt, dass er seine

1 REHBINDER 32, STURZENHECKER 37; a. M. WORM 34, der das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit schuldrechtlichen Verpflichtungen bezeichnet.

2 GAUL 164, KNUS 23, NEF 356.

3 WAGENER 1404.

4 WORM 35, GAUL 162.

5 REHBINDER 51.

6 WYSS 123.

7 Nach STURZENHECKER 37 reicht das allgemeine Treue- und Fürsorgeprinzip beim leitenden Angestellten nicht mehr aus und ist durch ein noch engeres Vertrauensverhältnis zu ersetzen.

persönlichen Belange unter Umständen zurückzustellen, die Interessen des Unternehmens zu wahren und dessen Ziele nach Kräften zu fördern hat⁸. Die Treuepflicht ist aber auf das Gedeihen des Unternehmens und nicht auf die Person des Arbeitgebers ausgerichtet⁹.

Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber demgegenüber ganz allgemein zu einer besonderen Rücksichtnahme¹⁰. Sie kann sich beim leitenden Angestellten stärker auswirken, weil er durch seine besondere Aufgabe und die individuelle Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses besonders eng an das Unternehmen gebunden ist.

§ 7 Vertragliche Regelung

Der Tätigkeit des leitenden Angestellten liegt wie bei den übrigen Arbeitnehmern ein Arbeitsvertrag zugrunde, nach dem sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die für die Zusammenarbeit geltenden Normen, bestimmen¹¹. Seine Stellung stützt sich auf das Vertrauen, das ihm als dem Mitträger unternehmerischer Funktionen entgegengebracht wird. Seine Tätigkeit ist weit mehr als diejenige anderer Arbeitnehmer durch seine individuelle Leistung und seine Persönlichkeit gekennzeichnet. Die arbeitsvertraglichen Beziehungen werden dementsprechend in der Regel in einem individuellen Anstellungsvertrag geordnet¹².

Grundsätzlich steht es den Parteien frei, den Inhalt des Vertrages festzulegen. Eine ausgewogene Regelung der Arbeitsbedingungen drängt sich indessen auf, weil mit der privilegierten Stellung dieses Personenkreises einige Risiken verbunden sind. Im Falle eines Konfliktes fehlt beispielsweise der notwendige Rückhalt in Form einer einflussreichen Organisation. Hinzu kommt, dass das durch persönliches Vertrauen gekennzeichnete Anstellungsverhältnis bei Störungen besonders anfällig ist¹³.

§ 8 Ausservertragliche Regelung

Allgemein gilt in der Praxis der Grundsatz, dass der Anstellungsvertrag um so genauer und detaillierter ausgestaltet ist, je höher der leitende Angestellte auf der Stufenleiter der betrieblichen Hierarchie steht¹⁴.

8 GIFT 86.

9 WAGENER 1404.

10 NEF 357, GRÜLL, Taschenbuch 16.

11 GAUL 160.

12 GRÜLL 11.

13 Weitere Beispiele bei GIFT 14.

14 WORM 19, STURZENHECKER 33.

Es lässt sich darüber streiten, ob der Vertrag schon bei der Einstellung sämtliche wichtigen Punkte enthalten muss oder ob gewisse Fragen entweder bewusst offengelassen oder aber ausservertraglich geregelt werden sollen. Das Arbeitsverhältnis könnte dann der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung, mit der jedes Unternehmen Schritt halten muss, ohne weiteres angepasst werden¹⁵.

In grösseren Unternehmen wird indessen auf bestimmte allgemeine Regelungen verwiesen, die für die ganze oder doch für einen Teil der Belegschaft Geltung haben¹⁶. In solchen Grossbetrieben sind bis zu einem gewissen Grad pauschale Arbeitsbedingungen für die Führungskräfte festgelegt worden. Sie lassen selbstverständlich Abstufungen zu, bilden aber den Rahmen, in den sich alle Verträge leitender Angestellter des jeweiligen Ranges einzufügen haben¹⁷.

15 WIEGAND 51.

16 WIEGAND 56; nach GEITNER 105 sind Einzelverträge im Sinne absolut individueller Gestaltung mit einer rationellen Organisation im Grossunternehmen unvereinbar.

17 GEITNER 105.

4. Kapitel: Der Anstellungsvertrag

§ 9 Zustandekommen des Vertrages

I. *Vertragsabschluss*

1. *Einigung*

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende¹ sein (Art. 1 OR).

2. *Vertragspartner*

Leitende Angestellte sollen häufig für mehrere Betriebe einer Unternehmensgruppe tätig werden. Unter Umständen werden sogar Vertragsverhandlungen mit den Vertretern verschiedener selbständiger Unternehmen geführt. In einem solchen Fall muss eindeutig klargestellt werden, wer rechtlich Vertragspartner sein soll.

3. *Vertragsverhandlungen*

Die Aufnahme von Verhandlungen begründet Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Eine Verbindlichkeit zum Vertragsabschluss besteht aber noch nicht. Allerdings verpflichten diese Beziehungen die Kontrahenten, sich gegenseitig nach Treu und Glauben zu verhalten und die Gegenpartei über wichtige und für sie nicht erkennbare Tatsachen im verkehrsüblichen Umfang zu informieren. Bei Verletzung dieser Pflichten entstehen Schadenersatzansprüche² vor allem dann, wenn eine Seite bei der anderen die trügerische Hoffnung auf einen nie beabsichtigten Vertragsschluss erweckt.

Es kommt in der Praxis oft vor, dass ein Bewerber seine bisherige Stellung kündigt, bevor ein rechtsverbindlicher Vertrag abgeschlossen worden ist. Eine solche Situation ist vor allem für den leitenden Angestellten unangenehm, da Führungspositionen erfahrungsgemäss nicht alltäglich vergeben werden. Grund ist meistens eine falsche Einschätzung der Situation.

1 MEYER B. 18: Gemeint ist die Eingliederung in die Arbeitsorganisation und unter das Direktionsrecht des Arbeitgebers.

2 GUHL/MERZ/KUMMER 92.

Übereinstimmung in allen wichtigen Punkten sowie eine schriftliche Zusage sind daher unerlässlich; erst dann sollte die Kündigung ausgesprochen werden.

Auch der Firmeninhaber kann in eine ähnliche Situation geraten, wenn er auf die provisorische Zusage eines Interessenten vertraut und allen anderen Mitbewerbern abgeschrieben hat³.

Anders verhält es sich hingegen, wenn sich eine Partei beim Verhandlungspartner in leichtfertiger Weise abschlusswillig zeigt⁴. Kommt der Anstellungsvertrag nicht zustande, hat die schuldhaft handelnde Partei dem Partner den entstandenen Schaden zu ersetzen.

Die Bewerbung eines leitenden Angestellten muss äusserst vertraulich behandelt werden, besonders wenn sich dieser für einen Firmenwechsel interessiert, obwohl er seine bisherige Stelle noch nicht gekündigt hat. Der Arbeitgeber wird Vorsichtsmassnahmen treffen, denn er muss damit rechnen, dass der leitende Angestellte zu einem späteren Zeitpunkt seine Bewerbung wiederholt, das Unternehmen verlässt und gegebenenfalls sogar zur Konkurrenz überläuft. Er wird davon absehen, ihm weiterhin Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu gewähren. Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses ist unvermeidlich, denn die Vertrauensbasis ist erschüttert und die Grundlage für eine weitere Tätigkeit fehlt.

Beide Parteien sind zwar grundsätzlich verpflichtet, die Interessen des Partners zu berücksichtigen, doch besteht keine allgemeine Offenbarungspflicht⁵. Ein Fragerecht ist daher in der Regel nur zu bejahen in bezug auf Ausbildung, Berufsweg, Krankheit, Schwangerschaft oder Schulden⁶, nicht aber hinsichtlich Religion, Gewerkschaftszugehörigkeit und Vorstrafen⁷.

Anders ist die Situation bei einem leitenden Angestellten⁸, weil seine persönliche Qualifikation das fachliche Können an Bedeutung übertreffen kann. Daraus folgt, dass die Offenbarungspflicht beim Bewerber um eine gehobene Position auch seinen persönlichen Bereich berührt. Der Arbeitgeber muss beurteilen können, ob der zukünftige Vertragspartner die

3 GRÜLL 17.

4 MEYER B. 18.

5 HÜMMERICH GOLZ 57: Grundsätzlich keine Offenbarungspflicht für den Arbeitnehmer; eine solche kann sich aber im Einzelfall ohne ausdrückliche Fragen ergeben.

6 REHBINDER 34, wobei ein Fragerecht nach Verschuldung wohl nur ausnahmsweise zu bejahen sein wird, z. B. für die Stellung als Buchhalter. Hier gelten dann in der Regel schon die Grundsätze über die Offenbarungspflicht leitender Angestellter. Ebenso: DEGENER 120.

REHBINDER 34.

DEGENER 74 spricht von arbeitgeberbestimmten Arbeitsverhältnissen und versteht darunter einerseits das Arbeitsverhältnis in Kleinbetrieben und andererseits das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit Arbeitgeberfunktion.

Voraussetzungen der Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung auf Vertrauensbasis mitbringt. Besonders aktuell sind in dieser Hinsicht die finanzielle Situation⁹, die familiären Verhältnisse¹⁰ und eventuelle Vorstrafen.

Die leitenden Angestellten dürfen ohne weiteres nach ihrer Zugehörigkeit zu einer politischen Partei befragt werden. Ein Fragerecht nach Gewerkschaftszugehörigkeit ist hingegen für alle Arbeitnehmer zu verneinen. Auch hier ergeben sich jedoch Ausnahmen aus der Natur der Sache, nämlich dann, wenn die Mitgliedschaft respektive Nichtmitgliedschaft Voraussetzung für die ordnungsgemässe Erfüllung der Arbeitspflicht ist¹¹.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass auch der leitende Angestellte nur diejenigen Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten hat, die mit der zu besetzenden Position in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Die Offenbarungspflicht entfällt mit anderen Worten auch bei Führungskräften, wenn ein berechtigtes Interesse fehlt.

Der Arbeitgeber ist seinerseits verpflichtet, in absehbarer Zeit geplante organisatorische Veränderungen bekanntzugeben. Zu denken ist zum Beispiel an die Betriebsveräusserung, da die Anstellungsverhältnisse mit leitenden Mitarbeitern nicht ohne weiteres auf den Erwerber übergehen, sondern durch einen neuen Vertrag rechtsgeschäftlich begründet werden müssen¹².

4. *Kündigung vor Dienstantritt*

Sie ist an dieser Stelle, nämlich im Rahmen des Vertragsabschlusses, zu behandeln, obwohl ein Anwendungsfall der ordentlichen Kündigung vorliegt. Es kommt vor, dass eine der Parteien den Anstellungsvertrag wieder rückgängig machen möchte. Die eingegangene Bindung wird hauptsächlich dann als Belastung empfunden, wenn zwischen dem Vertragsschluss und dem vorgesehenen Arbeitsbeginn eine längere Zeitspanne liegt.

Wenn der leitende Angestellte eine verbindlich übernommene Stellung nicht antritt, hat der Arbeitgeber nach Art. 337 d OR Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Diese Regelung ist praktisch, weil der Arbeitgeber seinen Schaden nicht beweisen muss. Er hat ausserdem Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens, jedoch unter der Voraussetzung, dass ein solcher nachweisbar entstanden ist¹³.

9 DEGENER 121: Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist unbegrenzt zulässig.

10 DEGENER 138.

11 DEGENER 133.

12 Vgl. § 11.

13 Im nachgewiesenen Schaden ist der vom Gesetz bestimmte Anspruch auf einen Viertel des Lohnes enthalten; ArbGer Bern in Jahresbericht 1973, Nr. 201.

Der Richter kann die Ersatzforderung nach seinem Ermessen herabsetzen, wenn dargetan wird, dass ein geringerer als der gesetzlich zugebilligte Schaden entstanden ist¹⁴. Dieser Nachweis ist vom leitenden Angestellten zu leisten¹⁵. Der Vertrag bleibt selbstverständlich bestehen, wenn er seinen Dienst aus einem unverschuldeten Grund nicht termingerecht antreten kann.

Strenger geregelt ist der umgekehrte Fall. Verletzt der Arbeitgeber den verbindlich abgeschlossenen Vertrag, werden die Grundsätze über die ungerechtfertigte Entlassung gemäss Art. 337 c OR angewendet. Der Partner hat Anspruch auf den Lohn für die bestimmte Vertragszeit oder für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Fraglich ist, ob eine ordentliche Kündigung vor Dienstantritt zulässig ist und ob die Frist gegebenenfalls bereits vor dem vorgesehenen Eintrittstermin zu laufen beginnt¹⁶. In erster Linie ist die getroffene Vereinbarung massgebend. Fehlt eine eindeutige Regelung, dann gelten der mutmassliche Parteiwille und die jeweilige Interessenlage. Bei einem leitenden Angestellten wird vermutet, dass eine kurzfristige Tätigkeit für beide Vertragspartner keine Vorteile bringt¹⁷.

Im allgemeinen gilt in der Praxis, dass die Kündigung ohne weiteres vor Stellenantritt erklärt werden kann, jedoch nur auf den ersten möglichen Termin nach dem vereinbarten Arbeitsbeginn¹⁸. Eine andere Lösung ist nur zu bejahen, wenn wichtige Gründe für eine sofortige Aufhebung des Anstellungsvertrages vorliegen.

II. *Vertragsschluss mit Organvertretern im besonderen*

Die deutsche Doktrin geht davon aus, dass bei der Bestellung eines Organvertreters zwei verschiedene Rechtsgeschäfte vorliegen: die Ernennung einer Person zum Organträger als rein körperschaftlicher Akt einerseits und die Begründung eines damit kausal zusammenhängenden Anstellungsvertrages andererseits¹⁹.

Die Mitgliedschaft als Organ der jeweiligen juristischen Person begründet noch kein Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinn, sondern bildet nur die rein gesellschaftsrechtliche Stellung im Aufbau der juristischen Person. Inhalt des Anstellungsvertrages ist im wesentlichen die Verpflichtung zur

14 ArbGer Bern in Jahresbericht 1972, Nr. 136.

15 REHBINDER 110.

16 Eine Kündigung vor Stellenantritt ist begrifflich ohne weiteres möglich.

17 GIFT 49.

18 Gewerbegericht Zürich in Entscheidungen des Gewerbegerichtes 1974–1976, 44.

19 BÜRGI N 7 zu Art. 708 OR und die dort zitierte deutsche Literatur.

Geschäftsführung, wobei die Organmitglieder von der übertragenen Organmacht Gebrauch zu machen haben. Soweit diesen Personen überhaupt arbeitsrechtlicher Schutz zukommen soll, kann er nur auf diesem Anstellungsvertrag basieren²⁰.

Die schweizerische Literatur nimmt ein einheitliches, durch Vertragsschluss entstehendes Rechtsverhältnis an. Die durch Gesamttakt des Bestellungsorgans zustandegewordene Wahl stellt eine Offerte dar, in der Gesellschaft die Stellung beispielsweise eines Direktors auszuüben. Die Rechtsbeziehungen zwischen der juristischen Person und dem Organvertreter entstehen somit nicht etwa durch ein einseitiges Rechtsgeschäft²¹. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass mit der Annahme der Wahl ein zweiseitiger schuldrechtlicher Vertrag zustande kommt. Bereits unter dem aOR stellte das Bundesgericht die organkreative Funktion des Wahlaktes in den Vordergrund²². Es hat auch in einem neuen Entscheid ausgeführt, dass – falls abwesende Personen in den Verwaltungsrat gewählt werden – Zustimmung erforderlich ist. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen²³.

Das einheitliche Rechtsgeschäft, welches durch Wahl und Annahme begründet wird, erhält seinen charakteristischen Leistungsinhalt aus körperschaftlichen Quellen, indem es primär durch das entsprechende Gesellschaftsrecht, weiter durch Statuten, Reglemente und Generalversammlungsbeschlüsse ausgestaltet wird. Das Rechtsverhältnis wird somit bestimmt durch die Organisationsnormen des jeweiligen Körperschaftsrechts und ergänzt durch Einzelabreden. Um die Lücken der Quellen auszufüllen, werden die Vertragstypen des OR analog herangezogen. Insoweit spricht die herrschende Lehre von der Organbestellung als von einem *contractus sui generis*²⁴. Hinzu muss dann noch ein Arbeitsvertrag kommen, in dessen Vollzug die Organbestellung erfolgt wie bei gewöhnlichen Angestellten die Eingliederung aufgrund des Arbeitsvertrages.

III. *Formvorschriften*

Der Individualarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form (Art. 320 OR). Schriftlichkeit ist aber für eine grössere Zahl von Einzelabreden gesetzlich zwingend vorgeschrieben. Dabei sind für den leitenden Angestellten von besonderer Bedeutung:

20 DERSCH 213.

21 BÜRGI N 8 zu Art. 708 OR.

22 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 172.

23 BGE 105 II 130.

24 BÜRGI N 8 zu Art. 708 OR, KREUSCH 132, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 172.

- OR 323 Abs. 2 Aufschub der Fälligkeit von Provisionen.
- OR 339 Abs. 2 Aufschub der Fälligkeit bei Vertragsablauf.
- OR 339c Festsetzung der Abgangsentschädigung.
- OR 340 Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes.
- OR 340b Abs. 3 Besondere Folgen beim Konkurrenzverbot.

Im übrigen bestehen aber auch für leitende Angestellte keine besonderen Formvorschriften. Allerdings werden in der Praxis die Anstellungsbedingungen der Führungskräfte meistens in irgendeiner Form fixiert. Die Schriftlichkeit dient in erster Linie der Beweissicherung²⁵.

Die Bedingungen werden in der Regel in Form eines Vertrages oder eines Anstellungsschreibens festgehalten. Wenn die Unternehmensleitung trotz wiederholten Aufforderungen die Bitte des leitenden Angestellten, die Vereinbarungen schriftlich zu fixieren, unbeachtet lässt, verbleibt diesem letztlich nur der Ausweg, nun seinerseits die Initiative zu ergreifen. Er bestätigt der Geschäftsleitung von sich aus die getroffenen wesentlichen Punkte. Bleibt das Schreiben unbeantwortet, dann muss der Arbeitgeber dessen Inhalt in einem späteren Streitfall grundsätzlich gegen sich gelten lassen. Auf diesem Umweg wird dann der beabsichtigte Zweck erreicht²⁶.

IV. *Vertragsänderung*²⁷

Die schriftliche Niederlegung der Anstellungsbedingungen bedeutet, dass keine Vereinbarungen ausserhalb des Vertrages bestehen und dass alle zukünftigen Ergänzungen schriftlich abgefasst werden müssen. Der Vertrag kann somit nicht einseitig vom Arbeitgeber umgestaltet werden²⁸. Stimmt der leitende Angestellte nicht zu, bleibt dem Arbeitgeber nur die Änderungskündigung übrig. Erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist kann er dann die beabsichtigte Ergänzung durchsetzen²⁹.

In der Praxis kommen sogenannte Änderungskündigungen besonders bei leitenden Angestellten recht häufig vor. Wenn sich die Verhältnisse geändert haben, sollen bestimmte einzelne Abreden korrigiert werden können. Kommt eine Einigung nicht zustande, so erfasst auch eine Teilauflösung mit dem Ziel einer Weiterbeschäftigung unter anderen Bedingungen das gesamte Arbeitsverhältnis. Die Änderungskündigung ist somit eine un-

25 Arbeitsring Chemie 100.

26 GRÜLL/KLEINE 172.

27 Art. 12 OR schreibt für spätere Abänderungen des Vertrages – ausgenommen für ergänzende Nebenbestimmungen – die gleiche Form vor.

28 Nach einem Entscheid des GewGer Basel-Stadt vom 26. 4. 1976 (BJM 1977, 280) stellt beispielsweise ein Lohnabbau eine Vertragsänderung dar. Eine Gehaltskürzung ist daher vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nur möglich, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich einwilligt.

29 MEYER B. 25.

bedingte, wobei sich der Kündigende vorbehält, einen neuen Vertrag abzuschliessen³⁰.

Der Anspruch auf eine Vertragsänderung folgt in einem Ausnahmefall für jeden Arbeitnehmer aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Denkbar ist nur eine sachlich nicht vertretbare ungleiche Behandlung, die im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern in ähnlicher Position eingetreten ist.

V. Der mangelhafte Anstellungsvertrag

Art. 320 Abs. 3 OR bestimmt, dass Arbeitsverhältnisse zwar jederzeit von beiden Seiten wegen Ungültigkeit des Vertrages aufgelöst werden können, dass sie aber bis zur erfolgten Aufhebung für die Zeit des Leistungsvollzuges die gleichen Pflichten wie ein Arbeitsverhältnis mit gültigem Vertrag bewirken, soweit der Arbeitnehmer gutgläubig ist³¹. Im übrigen kann die Unverbindlichkeit eines Arbeitsvertrages aufgrund der Art. 20 und 23ff. OR geltend gemacht werden³².

In bezug auf die Rechtsfolgen der Anfechtung sind grundsätzlich zwei Fälle zu unterscheiden:

– Wird die Anfechtung noch vor Vertragsbeginn erklärt, so entfallen die beiderseits übernommenen Verpflichtungen, das heisst, der Angestellte braucht die Stellung nicht anzutreten, der Arbeitgeber keine Gehaltszahlungen zu leisten.

– Wird sie dagegen erst nach Beginn der Zusammenarbeit erklärt, so treten die Rechtsfolgen im Hinblick auf den personenrechtlichen Charakter des Anstellungsverhältnisses nur für die Zukunft ein. Die in der zurückliegenden Zeit seit Aufnahme der Arbeit tatsächlich erbrachten Leistungen werden – nach den für faktische Verträge geltenden Bestimmungen – von der Anfechtung nicht berührt³³.

§ 10 Vertragsinhalt

I. Tätigkeit und Aufgabengebiet

1. Beginn und Dauer des Vertrages

Beginn und Dauer können von den Parteien frei vereinbart werden. Bei fehlender Regelung läuft das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit

30 GOOSSENS 148, GRÜLL, Taschenbuch 23.

31 REHBINDER 38.

32 Beispiele für die Unterscheidung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen bei MEYER B. 25.

33 GRÜLL 106.

und kann demzufolge jederzeit unter Beachtung der verabredeten oder der gesetzlichen Kündigungsfristen aufgelöst werden (Art. 335 und 336 OR)³⁴.

Die Anstellungsverträge mit leitenden Angestellten werden häufig auf eine zum vorneherein bestimmte Zeit abgeschlossen. Einerseits ist das Angebot an Spitzenpositionen begrenzt; andererseits setzt die Aufgabenstellung vielfach eine auf Dauer angelegte Tätigkeit voraus. Hinzu kommt, dass die Sicherung des Arbeitsplatzes gerade bei Führungskräften als besonders wünschenswert erscheint.

Einer langen Vertragsdauer³⁵ steht allerdings entgegen, dass sich der Arbeitgeber die Entscheidung über die Zusammensetzung seines engsten Mitarbeiterkreises gerne vorbehält. Lange Kündigungsfristen – wie man sie in der Praxis bei leitenden Angestellten oft antrifft – wirken sich dann nachteilig aus, wenn die Mitarbeit bei Unstimmigkeiten erzwungen werden muss.

Auf Arbeitgeberseite wird dieses Problem bis heute zu wenig beachtet, weil man glaubt, das Ziel notfalls durch Suspendierung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen³⁶. Wie weiter hinten darzulegen sein wird, ist jedoch für leitende Angestellte und insbesondere für hochqualifizierte Spezialisten in Forschung und Entwicklung ein Recht auf Beschäftigung zu bejahen.

Die Vertragsbindung soll daher den beiderseitigen Interessen Rechnung tragen. In Frage kommt neben einer entsprechenden Wettbewerbsregelung eventuell auch eine angemessene Karenzentschädigung, obwohl eine solche gesetzlich nicht vorgesehen ist³⁷.

Anstellungsverträge mit bestimmter Vertragsdauer sind vor allem in der BRD üblich. Am geläufigsten sind Laufzeiten von einem bis zu drei Jahren, meist mit der Massgabe, dass sich der Vertrag automatisch um die gleiche Zeitspanne verlängert, wenn er nicht vor Ablauf gekündigt wird³⁸. Eine Regelung, wie sie GRÜLL beschreibt, müsste in der Schweiz ausdrücklich vereinbart werden, da Art. 335 Abs. 2 OR diesen Fall dispositiv regelt. Wird ein Arbeitsverhältnis mit bestimmter Vertragsdauer stillschweigend fortge-

34 BRENDER 9.

35 Arbeitsverhältnisse mit bestimmter Vertragsdauer können grundsätzlich nicht vor Ablauf der Zeit einseitig aufgehoben werden (Art. 335 OR). Einzige Ausnahme bildet das langjährige Arbeitsverhältnis nach Art. 336d OR.

36 In diesem Sinn auch SCHÜRMAN 16, der Schwierigkeiten ohne Aufhebens erledigen möchte, etwa durch Beurlaubung bis zum Ausscheiden mit fortlaufender Gehaltszahlung.

37 GIFT 46.

38 GRÜLL 92; BOLDI 265 vertritt demgegenüber die Ansicht, dass Verträge auf eine von vorneherein festgelegte Dauer – z. B. also auf zwei oder drei Jahre – auch in Deutschland nur unter ganz besonderen Verhältnissen in Frage kommen.

setzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert. Nachteilig ist allerdings, dass bei Anstellungsverträgen mit leitenden Angestellten bedenkliche Folgen für beide Parteien entstehen können, weil nunmehr die kurzen Kündigungsfristen des Gesetzes anzuwenden sind³⁹. Art. 335 OR ist aber dispositiver Natur und steht einer vertraglichen Vereinbarung längerer Fristen nicht entgegen.

Grundsätzlich sind Arbeitsverträge auf bestimmte Dauer sowohl nach schweizerischem (als auch nach deutschem) Recht zulässig⁴⁰. Schliessen die Parteien indessen über einen längeren Zeitraum immer wieder befristete Verträge mit kurzer Laufzeit, so sind diese in der Regel als Kettenverträge⁴¹ zu betrachten. Fehlt es in solchen Fällen bei objektiver Abwägung der beiderseitigen Interessen an einem sachlichen Grund, so kann sich der Arbeitgeber im Streitfall nicht auf die Befristung berufen⁴². Nach Rechtsprechung und Literatur sind Kettenarbeitsverträge, besonders kurzfristige, die den Arbeitnehmer in seinen durch Dienstjahre erworbenen Rechten benachteiligen, nicht zulässig⁴³.

2. Probezeit

Die Parteien können jede Frist innerhalb der ersten drei Monate schriftlich als Probezeit vereinbaren. Sofern nichts anderes bestimmt ist, gilt der erste Monat als Probezeit (Art. 334 OR)⁴⁴. Eine Verlängerung ist möglich, doch darf die Höchstdauer von drei Monaten nicht überschritten werden.

Im Gegensatz zu dieser klaren Bestimmung wird in der BRD die Dauer der Probezeit nach dem Zeitraum bemessen, der benötigt wird, um sich ein abschliessendes Urteil über die Eignung für die vorgesehene Stellung zu bilden. Sie beträgt gewöhnlich drei, ausnahmsweise sechs Monate. Für den Fall, dass die festgelegte Probezeit zur Beurteilung nicht ausreicht, steht es den Parteien frei, eine andere Regelung zu vereinbaren. Die mehrfach mögliche Verlängerung verunsichert den leitenden Angestellten und birgt ausserdem die Gefahr in sich, dass die sich aneinanderreihenden Pro-

39 SCHWEINGRUBER N 5 zu Art. 335 OR.

40 M. REHBINDER, in: EKONOMI/REHBINDER 44, OTTE 43, BRENDER 83, HOYNINGEN, Billigkeit 173.

41 BRENDER 35.

42 GRÜLL 92, GAUL 224, GIFT 55; a. M. SÄCKER, Beendigung 98, der einen befristeten Arbeitsvertrag leitender Angestellter immer dann als rechtlich unbedenklich bezeichnet und eine Umgehung der Schutzbestimmungen verneint, wenn der Arbeitgeber die finanziellen Ansprüche befriedigt.

43 SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 335 OR.

44 Bei befristeten Anstellungen gilt eine Probezeit nur, wenn sie vertraglich vereinbart wurde (Art. 334 Abs. 1 OR).

bearbeitsverträge rechtlich als Kettenverträge angesehen werden, mit denen in erster Linie die gesetzlichen Kündigungsfristen umgangen werden sollen⁴⁵. Mit diesem Problem beschäftigt sich denn auch eingehend der DGB in seinem Musteranstellungsvertrag⁴⁶.

In bezug auf den Status des leitenden Angestellten während der Probezeit kann auf ein neueres Urteil des deutschen BAG verwiesen werden, das in gleichem Masse auch für schweizerische Verhältnisse wegweisend ist:

– Die Vereinbarung einer Probezeit ändert nichts am Status des leitenden Angestellten, wenn sie dazu dienen soll, seine persönliche Eignung gerade für diejenigen Aufgaben zu prüfen, die seine zukünftige Stelle begründen.

– Werden jedoch während der Einführungszeit die später einmal die Eigenschaft eines leitenden Angestellten begründenden Befugnisse temporär eingeschränkt oder zum vorneherein noch nicht voll erteilt, liegt eine leitende Tätigkeit nicht vor⁴⁷.

3. *Tätigkeit*

Der vertraglich vereinbarte Aufgabenbereich bezeichnet die vom leitenden Angestellten geschuldete Leistung. Meinungsverschiedenheiten können vermieden werden, wenn die Tätigkeit im Rahmen der Organisation des Unternehmens möglichst präzise festgehalten wird. Eine nähere Bestimmung ist dann unerlässlich, wenn sich der Bereich in seinen einzelnen Funktionen nicht ohne weiteres aus der Positionsbezeichnung des Mitarbeiters ergibt.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers besteht grundsätzlich auch gegenüber leitenden Angestellten, doch verliert es zusehends an Bedeutung, je detaillierter der Vertrag ausgestaltet ist. Arbeitsbedingungen, die zum Vertragsinhalt geworden sind, entziehen sich dem Direktionsrecht. Sie können durch einseitige Anordnungen nicht umgestaltet und auch nicht durch die Zuweisung einer anderen Tätigkeit geändert werden. Einschränkungen des Direktionsrechtes können sich auch in fachlicher Hinsicht, nämlich aus der Art der vereinbarten Arbeitsleistung ergeben, vor allem bei den sogenannten hochqualifizierten Mitarbeitern, die mit selbständigen wissenschaftlichen Aufgaben betraut sind⁴⁸.

45 GRÜLL/KLEINE 181.

46 DGB 3.

47 BAGE vom 25. 3. 1976 (NJW 1978, 27).

48 WORM 26, GAUL 122, GAUL/BARTENBACH 38.

Die hierarchische Stellung soll aus dem Anstellungsvertrag deutlich ersichtlich sein, da die Führungskräfte in der Regel daran interessiert sind, ausschliesslich und unmittelbar der Geschäftsleitung gegenüber verantwortlich zu sein⁴⁹. Dieser Punkt wird vom Arbeitgeber oft bewusst übergangen, um Auseinandersetzungen mit bereits im Unternehmen tätigen Angestellten zu vermeiden. Ein solches Vorgehen ist indessen recht kurzfristig, weil es ganz zwangsläufig zu Spannungen führen muss, die dem neuen Mitarbeiter den Start erschweren⁵⁰. Die Unterstellung des leitenden Mitarbeiters unmittelbar unter ein Mitglied der Geschäftsleitung hat ausserdem nicht nur organisatorische Bedeutung, sondern stellt gerade für obere Führungskräfte ein sehr wichtiges Qualifikationsmerkmal dar.

Der Vorbehalt im Anstellungsvertrag, dass bei betriebsinternen Änderungen die Position in der Unternehmenshierarchie neu geordnet werden muss⁵¹, bewirkt, dass allfällige Korrekturen nur mit einer Änderungskündigung vorgenommen werden können⁵². Eine genaue Umschreibung des Aufgabenbereiches ist im übrigen auch vorteilhaft, um nachprüfen zu können, ob überhaupt eine leitende Tätigkeit vorliegt⁵³.

4. *Versetzung*

Der Aufgabenbereich ändert in fachlicher, organisatorischer oder örtlicher Hinsicht, wenn das bisherige Erfahrungsgebiet verlassen oder die Stelle einer anderen organisatorischen Einheit zugeordnet wird, sowie bei einem Wechsel des Arbeitsortes⁵⁴.

Veränderungen mit Ortswechsel als Versetzungen im eigentlichen Sinn stehen unter dem Vorbehalt, dass sie nicht unzumutbar sind. Eine Versetzung in einen anderen Betrieb desselben Arbeitgebers, beispielsweise in einen ausländischen, ist gegen den Willen des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht zulässig, da das Anstellungsverhältnis nur für einen bestimmten Betrieb begründet wird⁵⁵. Entscheidend ist im übrigen, dass sich die Verände-

49 SCHÜRMANN 11.

50 GRÜLL 32, GOOSSENS 54.

51 Ein solcher Vorbehalt ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn der Aufgabenbereich umfassend geregelt ist. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist eingeschränkt und eine Reorganisation kann nur durch Änderungskündigung erfolgen.

52 So auch die Anstellungsbedingungen für kaufmännisches Kader des SKV, Nr. 1 und 2: Auch leitende Angestellte brauchen vertraglichen und sozialen Schutz. Er ist für sie ebenso bedeutsam wie für das übrige Personal. Position, Pflichten und Kompetenzen sollten daher genau geregelt werden, um Differenzen möglichst vorzubeugen; es genügt nicht, nur die Stellung festzulegen.

53 STURZENHECKER 120.

54 Beispiele bei Arbeitsring Chemie 16.

55 REHBINDER 41, Arbeitsring Chemie 21.

rung nicht nachteilig auf die soziale und die wirtschaftliche Stellung des Arbeitnehmers auswirkt.

Bedeutsam für den leitenden Angestellten ist die in der Praxis nicht seltene Zuweisung anderer Aufgaben bei wirtschaftlich verbundenen, rechtlich aber selbständigen Unternehmen. Die Versetzungsklausel verpflichtet ihn in diesem Fall, zu einem späteren Zeitpunkt einen neuen Anstellungsvertrag mit einem anderen Arbeitgeber abzuschliessen.

Die deutsche Literatur unterscheidet zwischen Umsetzung und Versetzung. Wird ein neuer Arbeitsplatz in derselben selbständigen Betriebsabteilung oder im selben Betrieb bei unveränderten Bedingungen zugewiesen, liegt eine Umsetzung vor, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechtes vorgenommen werden kann. Die Versetzung ist demgegenüber die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, die entweder mit einem Orts- oder Betriebswechsel oder einer Änderung des Aufgabenbereiches verbunden ist⁵⁶. Auch bei einer vertraglich vereinbarten Versetzung kann es sich nur um eine Veränderung im Rahmen der Tätigkeit handeln, die der Ausbildung des leitenden Angestellten entspricht⁵⁷.

5. *Vertretungsbefugnis*

Es empfiehlt sich, die Vollmachterteilung bereits im Anstellungsvertrag zu regeln. Dabei sind die Befugnisse im Innenverhältnis zu unterscheiden von denjenigen handelsrechtlicher Natur.

a) *Interne Vollmachten*

Sie gelten nur im Unternehmen selber. Es handelt sich vorwiegend um Befugnisse, die an leitende Angestellte je nach Stellung und Tätigkeit zur Ausführung der laufenden Arbeiten erteilt werden⁵⁸.

b) *Externe Vollmachten*

Handelsrechtliche Vollmachten werden häufig an Angestellte im kaufmännischen Bereich erteilt. Bevollmächtigung und Status des leitenden Mitarbeiters sind daher nicht gleichzusetzen⁵⁹. Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist auch für Dritte von Bedeutung. Der Ge-

56 HOFMANN 136.

57 WEGAND 64 und das dort angeführte Beispiel aus der deutschen Gerichtspraxis.

58 Beispiele bei GRÜLL 33f.

59 GRÜLL/KLEINE 185.

setzgeber hat daher den Inhalt handelsrechtlicher Vollmachten festgelegt. Sie umfassen:

- alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Handlungsvollmacht, Art. 462 OR)

- alle Arten von Rechtshandlungen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Arbeitgebers mit sich bringen kann (Prokura, Art. 459 OR)

- alle Rechtshandlungen, die der Geschäftszweck in abstracto, auch ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsganges, mit sich bringen kann. Rechtsgeschäfte also, die durch den Gesellschaftszweck nicht gerade ausgeschlossen sind. Art. 718 Abs. 1 OR ist entsprechend weit auszulegen⁶⁰.

Wesentliches Merkmal dieser handelsrechtlichen Vollmachten ist ihre Unbeschränkbarkeit nach aussen⁶¹. Jeder gutgläubige Dritte soll gleichgestellt sein, unabhängig davon, ob er mit dem Unternehmer persönlich oder mit seinem Vertreter in Geschäftsbeziehungen steht. Eine Beschränkung der Vollmacht im internen Bereich ist indessen ohne weiteres möglich. Der Bevollmächtigte ist an derartige Weisungen gebunden und dem Geschäftsherrn gegebenenfalls zu Schadenersatz verpflichtet⁶².

c) *Erteilung und Widerruf der Vollmacht*

Die Parteien vereinbaren häufig, dass eine Vollmacht in einem späteren Zeitpunkt erteilt werden soll. Hält sich der Arbeitgeber nicht an diese Abmachung, wird er unter Umständen schadenersatzpflichtig. Es ist im Einzelfall abzuklären, ob ein Grund zur ausserordentlichen Aufhebung des Arbeitsvertrages vorliegt. Auf dem Klageweg kann die Vertretungsbefugnis jedoch nicht erzwungen werden⁶³.

Die Vollmacht kann grundsätzlich jederzeit widerrufen werden⁶⁴. In der Praxis wird sie allerdings in der Regel mit der Kündigung des Arbeitsvertrages zurückgenommen. Der Widerruf der Vollmacht allein berührt aber das Anstellungsverhältnis nicht⁶⁵.

60 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 182.

61 Die Ausnahmen sind im Gesetz abschliessend geregelt.

62 GUHL/MERZ/KUMMER 146.

63 A.M. anscheinend SCHÜRMANN 13, der unbestimmt von einer mehr oder weniger verbindlichen Absichtserklärung spricht.

64 KREUSCH 174.

65 WYSS 161: Im umgekehrten Fall wird durch die Aufhebung des Anstellungsvertrages selbstverständlich auch die Vollmacht nicht beseitigt.

d) *Dienstbezeichnung und Titel*

Vielfach spielt der persönliche Titel, den ein leitender Angestellter führen darf, eine herausragende Rolle, weil dadurch die Selbsteinschätzung und die soziale Stellung in besonderem Mass zur Geltung gelangen.

Dienstbezeichnung und Titel haben rechtliche Bedeutung nur insofern, als es sich nicht um Verleihungen ehren- oder altershalber handelt, sondern Funktion und Vollmacht tatsächlich miteinander verknüpft sind⁶⁶. Sie bestimmen sich im Einzelfall nach den in der betreffenden Wirtschaftsbranche geltenden Usanzen.

e) *Zeichnungsbefugnis*

Die Unterschriftsberechtigung und die Bevollmächtigung sind ähnlich geregelt. In der Praxis bestehen allerdings einige Unsicherheiten; eine rechtliche Klarstellung drängt sich daher auf.

Häufig wird firmenintern vorgeschrieben, dass für jedes Schriftstück die Unterschrift von zwei Zeichnungsberechtigten erforderlich ist. In solchen Betrieben sind dann leitende Angestellte oft stundenlang mit dem Schreiben ihres Namens beschäftigt. Der geschäftliche Verkehr besteht indessen nur selten auf den Unterschriften aller Kollektivzeichnungsberechtigten. Auf dem überwiegenden Teil der Korrespondenz ist ein zweiter Name rechtlich wie praktisch überflüssig.

Die betriebswirtschaftliche Literatur geht noch weiter. Da die Unterschrift Zeit beansprucht und Geld kostet, sollte sie grundsätzlich von Mitarbeitern geleistet werden, deren Arbeitszeit vergleichsweise billig ist. Ausserdem stärkt es das Verantwortungsgefühl und das Selbstvertrauen, wenn man den innerbetrieblich zu verantwortenden und selbständig geführten Schriftverkehr auch nach aussen mit seiner eigenen Unterschrift versieht⁶⁷.

Kollektivvollmachten bezwecken eine zusätzliche Kontrolle⁶⁸. Dieses Ziel wird allerdings nur dann erreicht, wenn auch der Zweitunterzeichner für den Inhalt der Urkunde verantwortlich ist und sich in allen Zweifelsfällen selbst durch Rückfragen von der Richtigkeit überzeugt⁶⁹. Auch aus diesem Grund rechtfertigt sich die Beschränkung der kollektiven Unter-

66 Nach SCHÜRMANN 13 beziehen sich Bezeichnungen wie Geschäftsführer usw. auf Funktionen und Vollmachten und stellen keine Titel dar.

67 GOOSSENS 47.

68 HOFMANN 86.

69 GRÜLL/KLEINE 197, ZIMMERMANN H. 33.

zeichnung auf wichtige Dokumente. Gefälligkeitsunterschriften, für die nachher gegebenenfalls eingestanden werden muss, sind fehl am Platz⁷⁰.

II. Arbeitszeit

1. Mehrarbeit

Die Arbeitszeit wird grundsätzlich durch Kollektiv- oder Einzelvertrag bestimmt, allerdings eingeschränkt durch die öffentlichrechtlichen Schutzvorschriften (Art. 9–28 ArG). Art. 321c Abs. 1 OR, in Verbindung mit Art. 361, regelt die Überstundenarbeit⁷¹.

Die Arbeitszeit der Führungskräfte richtet sich prinzipiell nach der für das Unternehmen geltenden Ordnung. Es liegt allerdings auf der Hand, dass der leitende Angestellte über die reguläre Zeit hinaus für die Firma tätig ist⁷², um seine Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen zu können⁷³. Obwohl die Arbeitsschutzvorschriften nach Art. 3 ArG nicht gelten, ist der Arbeitgeber aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht gehalten, auch Führungskräfte nicht zeitlich zu überfordern (Art. 328 OR)⁷⁴.

Der leitende Angestellte erhält für diese Mehrarbeit keine Vergütung. Gegenleistung für die aussergewöhnliche zeitliche Inanspruchnahme ist die Entlohnung⁷⁵. Eine solche Regelung ist dann unbillig, wenn eine ganze Abteilung über längere Zeit Mehrarbeit leistet, der Angestellte die Überstunden ausbezahlt erhält und schliesslich mehr verdient als der verantwortliche Vorgesetzte⁷⁶.

Verbreitet ist die Meinung, der leitende Angestellte müsse, im Sinne einer Gegenleistung für die geforderte Mehrarbeit, nicht immer pünktlich am Arbeitsort erscheinen, sondern dürfe gelegentlich auch später kommen. Dieser Auffassung kann nur zugestimmt werden, sofern dadurch der normale Geschäftsablauf nicht beeinträchtigt wird⁷⁷. Eine solche Störung ist

70 Eine gegenteilige Auffassung vertritt GAUL 151, der die Verantwortung dem Arbeitgeber zuschiebt: Billigt die Geschäftsleitung, dass die Zweitunterschrift durch irgendeinen Vollmachtsträger ohne die gebotene Sachkunde vorgenommen wird, so liegt darin der Verzicht auf jede sachliche Prüfung.

71 REHBINDER 41, SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 321c OR.

72 BÖKER 110, BRAND 56.

73 Nach BRÜHWILER 38 ist «Überstundenarbeit» als die Arbeitszeit, die über die vertraglich verabredete Zeit hinaus geleistet wird, bei leitenden Angestellten gar nicht möglich.

74 HUNOLD 1656 und der dort kommentierte BAGE vom 13. 3. 1967.

75 Nach SCHÜRMANN 8 schuldet der leitende Angestellte weniger die Arbeitszeit als eine bestimmte Arbeitsleistung, die sich zeitlich nicht festlegen lässt, sondern unter Umständen auch Einsatz über die üblichen Stunden hinaus verlangt.

76 Beispiel aus der Praxis.

77 GRÜLL/KLEINE 204, GIFT 73, GAUL 165, BRAND 56.

aber zu bejahen, wenn der spätere Arbeitsbeginn für leitende Angestellte üblich ist und es zum guten Ton für die übrigen Mitarbeiter gehört, ebenfalls später zur Arbeit zu kommen. Die Ansicht, dass eine volle Arbeitsleistung ohne Führungskräfte im Betrieb nicht möglich sei und dass diese – um einen entscheidenden Arbeitsausfall zu vermeiden – grundsätzlich mit den übrigen Angestellten die Arbeit beginnen und beenden müssen, geht aber zu weit⁷⁸.

Die Überstundenarbeit leitender Angestellter ist ausnahmsweise dann zu vergüten, wenn

- die Parteien eine Entschädigung ausdrücklich vereinbart haben
- die vertraglichen Bezüge lediglich eine bestimmte zeitliche Normalleistung abgelten sollen⁷⁹
- zusätzliche, ausserhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereiches liegende Arbeiten übertragen werden⁸⁰.

Die Postulate der Gewerkschaften und Angestelltenverbände gehen weiter. Notwendige geringfügige Mehrarbeit ist nach dieser Ansicht nicht besonders zu vergüten. Erfordern aber besondere Verhältnisse über längere Zeit sich erstreckende Überstunden, so ist ohne Rücksicht auf die Höhe des Gehaltes eine angemessene Entschädigung zu zahlen⁸¹.

Von aktueller Bedeutung ist unter Umständen die Frage, ob Kaderweiterbildungskurse während oder ausserhalb der Arbeitszeit durchzuführen sind. Bei Angestellten in hochdotierten Spitzenpositionen ist indessen eine scharfe Trennung zwischen Arbeits- und Freizeit häufig nicht mehr möglich⁸².

2. *Gleitende Arbeitszeit*

Die Gleitzeitregelung hängt grundsätzlich mit der Unternehmensgrösse zusammen. Eine in Deutschland im Jahre 1978 durchgeführte Untersuchung hat einige bemerkenswerte Ergebnisse für leitende Angestellte gezeigt⁸³. Sie nehmen in 63% aller Fälle an der Gleitzeitregelung teil, in 37% nicht. Kennt der Betrieb zwar die gleitende Arbeitszeit, sind die Führungskräfte hievon jedoch ausgeschlossen, so leisten die Angehörigen dieser Personengruppe im Durchschnitt 11 Überstunden pro Woche. Die leitenden Angestellten in den anderen Betrieben, die – wie die übrige Belegschaft –

78 GOOSSENS 131.

79 BRÜHWILER 38.

80 In diesem Sinn auch der Entscheid des BAG vom 17. 11. 1966 (BB 1967, 79).

81 SKV Nr. 9, DGB, Sonderdruck 5. Ebenso: Arbeitsring Chemie 25, obwohl es sich hier um eine Vereinigung von Arbeitgeberverbänden handelt.

82 Bankprokuristenverein 60. Vgl. X. Weiterbildung.

83 VELA 14.

unter die Gleitzeitregelung fallen, kommen dagegen nur auf durchschnittlich 8–9 Überstunden. Die Einführung der gleitenden Arbeitszeit wirkt sich zumindest für diejenigen Führungskräfte negativ aus, die – trotz Gleitzeitregelung im eigenen Betrieb – von dieser Institution ausgeschlossen bleiben.

III. Vergütungsansprüche und ihre Formen

Der Arbeitgeber ist nach Art. 319 OR verpflichtet, den vereinbarten Lohn zu entrichten. Die Art. 322ff. OR regeln die verschiedenen Vergütungsformen⁸⁴.

1. Gehalt

Im allgemeinen wird der Lohn von den Parteien des Einzelarbeitsvertrages mündlich oder schriftlich vereinbart, allenfalls gesichert durch Gesamtarbeitsverträge. Fehlen solche Grundlagen, gilt die üblicherweise für die entsprechende Leistung am Arbeitsort geschuldete Entschädigung⁸⁵. Währenddem dem gewerblichen Arbeiter als Vergütung Lohn bezahlt wird, erhalten die kaufmännischen, technischen und leitenden Angestellten ein Gehalt. Diese terminologischen Unterschiede werden indessen mehr und mehr abgebaut⁸⁶.

Das Gehalt des leitenden Angestellten beruht auf individueller vertraglicher Regelung und wird gewöhnlich auch dann monatlich ausbezahlt, wenn der Anstellungsvertrag nur den Jahresverdienst nennt. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach Persönlichkeit, Einsatzbereitschaft, Fachkenntnissen und Verantwortung einerseits sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens andererseits.

Grundsätzlich erhält aber auch der leitende Angestellte als Gegenleistung aus dem Arbeitsverhältnis nur das vereinbarte Salär. Selbst dann, wenn ein Vermögenszuwachs eindeutig seinem persönlichen Geschick zuzuschreiben ist, erwächst daraus kein Rechtsanspruch auf Beteiligung⁸⁷.

Grössere Unternehmen sind häufig bestrebt, für die Gehälter der leitenden Angestellten interne Reglemente aufzustellen⁸⁸. Ein Rechtsanspruch, nach diesen Richtlinien honoriert zu werden, besteht nicht. Die Ge-

84 REHBINDER 56, MÜLLER G. 224 und die dort zitierte Literatur.

85 SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 322 OR.

86 GAUL 174.

87 STURZENHECKER 37.

88 Bankpersonalverband 5, WORM 43, MEENZEN 39.

schäftsleitung legt aber immerhin die Gesichtspunkte dar, die bei der Gehaltsfindung berücksichtigt werden⁸⁹. Eine gewisse Selbstbindung in einem Bereich, in dem Vertragsfreiheit herrscht, ist nicht zu verkennen.

Lohnanpassungen aufgrund von Gesamtarbeitsverträgen wirken sich nicht automatisch auf die Arbeitsverhältnisse der leitenden Angestellten aus⁹⁰. Möglich ist nur eine Klausel im Anstellungsvertrag, dass die Vergütung von Zeit zu Zeit zu überprüfen sei. Eine andere Lösung ist allerdings in den folgenden Fällen zu befürworten: Berücksichtigt der Arbeitgeber eine den gesamten Bereich des Arbeitslebens erfassende starke Lohnwelle bei der Mehrzahl seiner Mitarbeiter, indem er die Gehälter erhöht, so darf er Einzelne nicht ohne sachlichen Grund ausnehmen⁹¹. In der Praxis häufiger ist eine betriebseinheitliche Anpassung der Löhne mit dem Ziel, die Verteuerung der Lebenshaltungskosten auszugleichen. Die Kategorie der leitenden Angestellten darf dann nicht völlig von der generellen Lohnerhöhung ausgeschlossen werden. Auch die Führungskräfte sind in den Betrieb eingegliedert und haben einen Anspruch darauf, nicht willkürlich schlechter behandelt zu werden als die übrigen Arbeitnehmer. Es ist nicht gerechtfertigt – und widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung – dem leitenden Angestellten ein Sonderopfer aufzuerlegen⁹².

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁹³ ist Ausfluss des personenrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses mit seiner Fürsorgepflicht⁹⁴. Er verbietet die willkürliche Schlechterstellung – nicht aber die Besserstellung – einzelner Arbeitnehmer im selben Betrieb⁹⁵.

Die Pflicht zur Lohnzahlung besteht unabhängig vom weiteren Verbleiben im Unternehmen und wird dann aktuell, wenn die Gehälter rückwirkend erhöht werden. Betroffen sind in erster Linie die Führungskräfte, da ihre Anstellungsverträge meistens lange Kündigungsfristen vorsehen. Scheidet ein leitender Angestellter aus dem Betrieb aus, hat er Anspruch auf eine inzwischen allgemein bewilligte Gehaltserhöhung⁹⁶.

Die Höhe des Salärs soll die fortdauernde Einkommensnivellierung berücksichtigen. Die rechtliche Stellung der leitenden Angestellten wird durch eine ständig zunehmende Anpassung ihrer Löhne an diejenigen der übrigen Arbeitnehmer untergraben. Schuld daran ist die fehlende Or-

89 GRÄTZ 176 spricht von Gehaltssystemen.

90 GRÄTZ 181.

91 GIFT 105, HUNOLD 1654, EICH 210.

92 TAUSEND 37.

93 BAGE vom 17. 5. 1978 (BB 1978, 1521), TAUSEND 36.

94 MEYER D. 286 bezeichnet den Gleichbehandlungsgrundsatz als spezifische Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsverhältnis.

95 REHBINDER 72, NEF, Gleichbehandlungsgrundsatz 17.

96 TAUSEND 37, BAGE vom 4. 2. 1976 (BB 1976, 744).

ganisationsbereitschaft. In den alten deutschen Unternehmungen lag das Verhältnis der Arbeitseinkommen der Unternehmensleitung zum Durchschnittslohn ungefähr bei 10:1. 1957 verdiente ein hochqualifizierter Angestellter 248%, 1962 noch 129% und 1967 noch 49,5% mehr als ein gewöhnlicher Angestellter⁹⁷. Demgegenüber setzen sich die Topmanager – in erster Linie Aufsichtsrats-, Vorstands- und Verwaltungsratsmitglieder – nach oben ab⁹⁸.

Diese Situation widerspricht der Tatsache, dass der leitende Angestellte im Falle eines Stellenwechsels grosse Schwierigkeiten hat, eine entsprechende neue Position zu finden⁹⁹. Das Argument der Schutzbedürftigkeit ist daher bei der Gehaltsfestsetzung zu berücksichtigen¹⁰⁰.

Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens hängt weitgehend von den Leistungen der obersten Führungsschicht ab. Viele Firmen beteiligen daher ihre leitenden Angestellten in irgendeiner Form am Gewinn oder am Umsatz. Aus dem Vergleich der monatlichen Löhne mit den jährlichen Gesamtbezügen ergibt sich, dass ein erheblicher Teil der Einkünfte, nämlich durchschnittlich 18%, aus Sonderzahlungen wie Tantiemen, Gratifikationen und Gewinnanteilen besteht. Dies bedeutet, dass häufig mehr als zwei Monatsgehälter zusätzlich zu den laufenden Löhnen ausbezahlt werden¹⁰¹.

2. *Erfolgsvergütungen*

a) *Gewinnbeteiligung*

Sie stellt zusammen mit der Umsatzbeteiligung¹⁰² einen Anteil am wirtschaftlichen Gesamterfolg des Unternehmens dar¹⁰³. Sie ist in der Praxis am häufigsten anzutreffen und besteht in der Regel in Prozenten des jährlichen Reingewinnes. Für die Berechnung des Gewinnanteils sind die Art. 322a sowie 662–670, 805, 858, 959 und 960 OR zu beachten¹⁰⁴.

Die Erfolgsbeteiligung ist in erster Linie für leitende Angestellte vorgesehen¹⁰⁵. Der Personenkreis, der an einer solchen Gewinnausschüttung

97 HROMADKA 246, 255, ANDREAE 125, FISCHER G. 68.

98 BRANDT 45, BAUSCH 27, FRIEDMANN 332.

99 Nach AHN 43 durfte man die Schutzbedürftigkeit der leitenden Angestellten in der wirtschaftlichen und unternehmerischen Entwicklung der 50er und 60er Jahre verneinen. Inzwischen ist man von dieser Argumentation abgerückt.

100 GRÜLL, Schutzbedürftigkeit 38.

101 Ein Übergewicht an Erfolgsvergütungen würde bedeuten, dass der leitende Angestellte das unternehmerische Risiko mitzutragen hätte. Nach SCHÜRMANN 26 sollten deshalb die Sonderzahlungen 25% der Gesamtbezüge nicht überschreiten.

102 Die Umsatzbeteiligung bemisst sich nach dem Gesamtbetrag von Geschäften, die während einer bestimmten Periode anfallen.

103 SUDHOFF 17.

104 REHBINDER 59f.

105 GRÜLL, Praxis 43.

teilhat, umfasst gewöhnlich nur die gesetzlichen Organvertreter, bezieht sich indessen häufig auch auf sämtliche Führungskräfte. Es handelt sich aber in jedem Fall um eine reine Erfolgsbeteiligung. Am Verlust nimmt der leitende Angestellte nicht teil; auch eine Schadenersatzleistung gegenüber dem Arbeitgeber wegen schlechter Geschäftsführung kommt nicht in Frage¹⁰⁶.

Richtigerweise sollten sämtliche leitenden Angestellten am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beteiligt werden. Einerseits werden sie durch eine solche Gewinnausschüttung motiviert¹⁰⁷; andererseits wird ihnen oft grundlos – zum Beispiel bei rückläufiger Konjunkturlage – die Schuld für eine schlechte Geschäftsentwicklung zugeschoben¹⁰⁸.

Die Gewinnbeteiligung ist eine Vergütung für geleistete Dienste. Sie gilt deshalb auch dann als geschuldet, wenn der leitende Angestellte vor Ablauf des Geschäftsjahres aus der Firma ausscheidet. Für die Berechnung des Anteils ist stets das neueste Jahresergebnis herbeizuziehen. Eine Zwischenbilanz bis zum Tag des Ausscheidens erübrigt sich.

Diese Regelung gilt allerdings nur, wenn die ungekündigte Stellung nicht ausdrücklich als anspruchsbegründende Voraussetzung vereinbart worden ist. Die Höhe der Vergütungen hängt demzufolge im wesentlichen vom Verhandlungsgeschick des leitenden Angestellten ab, da er einen Rechtsanspruch auf diese Sonderzuwendungen besitzt, soweit sich der Arbeitgeber nicht die Freiwilligkeit der Leistungen vorbehalten hat¹⁰⁹.

GRÜLL¹¹⁰ erwähnt zwei Arten von Gewinnbeteiligungen:

– Festes prozentuales Verhältnis zum jeweiligen Unternehmensgewinn.

– Die Unternehmensleitung setzt den Anteil für jedes Geschäftsjahr neu fest.

Nach der ersten Variante wird vermieden, dass die Geschäftsleitung einzelne leitende Angestellte übergeht oder allgemein, trotz ausgewiesenen Jahreserträgen, keine Gewinne ausschüttet.

b) *Tantieme*

Die deutsche Literatur versteht darunter die Gewinnbeteiligung in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis. Die Tantieme wird aber auch ganz allgemein als Sammelbegriff oder gelegentlich als Synonym für Sondervergütungen und Erfolgsprämien verwendet.

106 GAUL 145, ZIMMERMANN J. 108; a.M. GIFT 106.

107 TAUSEND 38; für GRÄTZ 178 ist die Vergütung ein Mittel zur Motivierung leitender Angestellter und nicht nur Entgelt für geleistete Arbeit.

108 GRÄTZ 180 bezeichnet den leitenden Angestellten als «finanziellen Prügelknaben».

109 TAUSEND 38.

110 GRÜLL 44.

Für schweizerische Verhältnisse ist jedenfalls zwischen der allgemeinen Erfolgsbeteiligung nach Art. 322a OR und der aktienrechtlichen Tantieme zu unterscheiden¹¹¹. Nach Art. 677 OR dürfen Gewinnanteile an die Mitglieder der Verwaltung nur dem bilanzmässigen Reingewinn der Gesellschaft entnommen werden. Vorgängig muss der gesetzliche Reservefonds gespiesen und den Aktionären eine Dividende von mindestens 4% ausbezahlt werden. Die aktienrechtlichen Tantiemen müssen statutarisch verankert sein und dürfen ausserdem – im Gegensatz zur allgemeinen Gewinn- und Umsatzbeteiligung – nicht als Unkosten verbucht werden¹¹².

Die Verwaltungsratsmitglieder erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung. Die Lehre unterscheidet zwischen fester Entschädigung und Gewinnanteil, wobei nur letzterer als Tantieme bezeichnet wird. Da die feste Entschädigung auch zur Auszahlung gelangt, wenn die Voraussetzungen des Art. 677 OR fehlen, kann unter Umständen der gesetzliche Schutzzweck vereitelt werden. Diese Art Vergütung ist denn heute für die Verwaltung auch üblich geworden und hat die Tantieme an Bedeutung verdrängt¹¹³.

Die wirtschaftliche Begründung dieser beiden Ansprüche ist verschieden. Die feste Vergütung ist in erster Linie als Arbeitslohn, in gewisser Hinsicht verbunden mit einer Leistungsprämie, die Tantieme als Beteiligung am Unternehmensgewinn anzusehen. Das geltende Aktienrecht enthält keine Bestimmungen über feste Entschädigungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates. Sie dürfen jedoch ohne weiteres auch neben Tantiemen ausgerichtet werden. Nach BGE 82 II 150 können sie allerdings dann als verdeckte und unerlaubte Tantiemen gewertet werden, wenn sie den durch vernünftige wirtschaftliche Überlegungen gesetzten Rahmen überschreiten.

Die Generalversammlung kann die Vergütung grundsätzlich nach eigenem Ermessen festlegen. Der Ermessensspielraum ist jedoch eingeschränkt durch das Recht der Aktionäre auf Dividende. Die auszurichtende Entschädigung darf nicht so hoch sein, dass Sonderinteressen der Verwaltungsratsmitglieder der Vorrang vor schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre eingeräumt wird. Der Ansicht des Bundesgerichtes¹¹⁴, dass eine feste Entschädigung im richtigen Verhältnis zur finanziellen Situation des Unternehmens stehen muss, kann aber nicht beigelegt werden. Es geht um eine Vergütung für bereits geleistete Dienste. Der Einwand der prekären Finanzlage ist nicht relevant.

111 A.M. WYSS 103.

112 BÜRGI N 4 zu Art. 677 OR, WYSS 105, GERMANIER 38.

113 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 173.

114 BGE 86 II 159.

Die Bestimmungen über die Beteiligung der Verwaltung am Reingewinn müssen in den Statuten geregelt sein (Art. 627 OR). Die Generalversammlung kann allerdings im Einzelfall Tantiemen auch ohne statutarische Grundlage ausrichten. Gegen solche Beschlüsse bleibt jedoch das Anfechtungsrecht der Aktionäre wegen Willkür oder Unangemessenheit vorbehalten¹¹⁵.

Wyss¹¹⁶ lässt die Frage offen, ob Überschüsse nach Art. 677 OR auch an untergeordnete Verwaltungsinstanzen, insbesondere an Direktoren, ausbezahlt werden dürfen. Das Gesetz spricht zwar undeutlich von Gewinnanteilen für die Mitglieder der Verwaltung. Das Aktienrecht versteht jedoch unter der Tantieme den einem Verwaltungsratsmitglied zukommenden Anteil am Geschäftsgewinn. Das auf vertraglicher Grundlage beruhende Verwaltungsratsmandat bildet die rechtliche Voraussetzung für die Ausrichtung von Tantiemen¹¹⁷.

c) *Provision*

Die Unterscheidung zwischen Umsatzbeteiligung¹¹⁸, die sich in der Regel auf den gesamten Geschäftsbereich bezieht, und Provision, als Beteiligung am einzelnen Geschäft¹¹⁹, ist in der Praxis oft nicht einfach. Die Provision ist mit anderen Worten die meistens in Prozenten ausgedrückte Beteiligung des Arbeitnehmers am Wert der von ihm selber abgeschlossenen Geschäfte, auch wenn diese erst nachher ausgeführt werden. Für die Umsatzbeteiligung sind hingegen alle in der Berechnungsperiode getätigten Abschlüsse massgebend¹²⁰.

d) *Gratifikation*

Die Gratifikation ist eine Sondervergütung, die neben dem Grundlohn bei bestimmten Anlässen für geleistete oder als Ansporn für zukünftige

115 BGE 86 II 159, 95 II 298, SJZ 58, 105, kommentiert bei NOBEL 104 und PEDRAZZINI 268f., BGE 84 II 550.

116 WYSS 105.

117 BÜRGI N 10 zu Art. 677 OR.

118 Die Umsatzbeteiligung unterscheidet sich von der Provision dadurch, dass sie alle Geschäfte mit Dritten umfasst, gleichgültig, von wem sie abgeschlossen wurden. Vgl. REHBINDER 59.

119 MEYER B. 62; a.M. ZIMMERMANN J. 102, der die Provision als Entschädigung für eine besondere persönliche Leistung bezeichnet. Vgl. demgegenüber die Begriffsbestimmungen bei REHBINDER 59.

120 REHBINDER 60, STREIFF 46.

Tätigkeiten ausgerichtet wird¹²¹. Sie steht nicht in direktem Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Erfolg, auch wenn der Arbeitgeber ihre Höhe nach dem Geschäftsergebnis abstuft. Eine Rechtspflicht besteht nach Art. 322d Abs. 1 OR nur, wenn sie vereinbart wurde, zum Beispiel ausdrücklich durch Zusicherung des dreizehnten Monatslohnes oder stillschweigend durch langjährige Zahlung ohne Vorbehalt der Freiwilligkeit¹²².

Eine Rechtspflicht ist auch dann anzunehmen, wenn zwar jährliche, aber verschieden hohe Zahlungen erfolgen. Die wechselnde Höhe lässt auf eine Festsetzung von Fall zu Fall nach billigem Ermessen schliessen¹²³. Der Arbeitgeber kann – falls eine verbindliche Gratifikation verabredet worden ist – nur durch individuelle Vereinbarung oder durch Änderungskündigung mit neuem Anstellungsvertrag die Unverbindlichkeit wiederherstellen.

Die vertragliche Abrede, dass eine Gratifikation nur dann ausbezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit in ungekündigter Stellung im Betrieb beschäftigt ist, ist zulässig. Auch ein pro rata-Anspruch besteht nach Art. 322d OR nur, wenn er vereinbart worden ist. Gratifikationen mit Rückzahlungsklauseln¹²⁴, wie sie in der BRD häufig vorkommen, sind bei uns unbekannt¹²⁵. Ihre Rechtmässigkeit wurde vom BAG – für Deutschland – ausdrücklich bejaht¹²⁶.

Der dreizehnte Monatslohn hat den Charakter einer verbindlich vereinbarten Gratifikation. Er gilt als Lohnbestandteil. Der Arbeitnehmer erhält einen unabdingbaren Anspruch, der ihm auch bei vorzeitigem Austritt anteilmässig zusteht. Daran ändert sich nichts, wenn der dreizehnte Monatslohn unter einem anderen Titel versprochen wird. Er ist auch dann fester Bestandteil, wenn die stipulierte Klausel den Ausdruck «Gratifikation» enthält. Anders ist die Rechtslage nur, wenn die Gratifikation in der Höhe eines dreizehnten Monatslohnes vereinbart wurde. Es handelt sich dann insofern um eine unverbindliche Vergütung, als die Auszahlung vom Verhalten und von der Leistung des leitenden Angestellten einerseits und von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens andererseits abhängig gemacht werden kann.

121 Entscheid des Berner Appellationshofes vom 17. 10. 1974 (ZBJV 112 (1976), 458): Die Gratifikation ist eine Sondervergütung des Arbeitgebers, die neben dem gewöhnlichen Lohn bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird und deshalb keine Schenkung darstellt, weil sie ihren Rechtsgrund in der erbrachten oder zukünftigen Arbeitsleistung hat.

122 MEYER B. 55.

123 REHBINDER 61. HOYNINGEN, Billigkeit 201: Wenn sich der Arbeitgeber zu einer freiwilligen Leistung entschieden hat, dann muss er bestimmte Grundsätze beachten.

124 BLOMEYER/BUCHNER 3, BUSSMANN 23.

125 BUSSMANN 23, 141: Sie sind in der Schweiz vor allem bei den Aus- und Fortbildungsbeiträgen anzutreffen.

126 BLOMEYER/BUCHNER 27, HOYNINGEN, Billigkeit 209.

Kommen die Bezeichnungen Gratifikation und dreizehnter Monatslohn gleichzeitig vor, ist im Zweifelsfall vom festen Lohnbestandteil auszugehen.

Im übrigen ist es üblich, dass auch leitende Angestellte – trotz Gewinnbeteiligung oder Tantieme – in den Genuss einer Gratifikation gelangen. Selbstverständlich kann für sie ein besonderer Modus gelten. Wenn die Gratifikation leitender Angestellter nach dem Geschäftsgewinn, diejenige der übrigen Arbeitnehmer jedoch nach dem Lohn berechnet wird, dann wirkt sich diese Bestimmung für den Leitenden nachteilig aus, wenn die Gehälter steigen. Er ist hingegen bevorzugt bei einem guten Bilanzabschluss. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, weil eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Gruppen von Arbeitnehmern ohne weiteres zulässig ist¹²⁷.

3. *Nebenleistungen*

In der Praxis nicht unbedeutend sind die verschiedenen Vergünstigungen, die leitenden Angestellten über die Lohnbezüge hinaus gewährt werden. Sie richten sich in der Regel nach Stellung und Funktion. Zu erwähnen sind Dienstwohnung und Dienstwagen, die Unterstützung beim Kauf eines Privatwagens, die Baukostenzuschüsse und die Ausgabe von Mitarbeiteraktien. Bei den Sachbezügen zu Sonderbedingungen handelt es sich hingegen um Vergütungen, die sämtlichen Arbeitnehmern eines Betriebes zustehen¹²⁸.

4. *Auslagenersatz*

Der Arbeitgeber hat nach Art. 327a Abs. 1 OR alle durch die Ausführung der Arbeit entstehenden Kosten zu ersetzen. Diese Bestimmung wird in der Praxis häufig zu Leistungsvergütungen herangezogen, indem Beträge ausgerichtet werden, die die tatsächlichen Kosten übersteigen¹²⁹.

Die Umzugskosten entstehen einerseits bei der Einstellung und andererseits bei einer allfälligen späteren Versetzung innerhalb des Unternehmens¹³⁰. Sie werden häufig von der Firma übernommen, die dann erwartet, dass der leitende Angestellte während einer gewissen Zeit in ihren Diensten verbleibt. Um sich gegen einen vorzeitigen Austritt zu schützen, wird verein-

127 WIEGAND 58.

128 Einzelheiten bei GRÜLL/KLEINE 211.

129 Z.B. pauschale Spesenentschädigungen.

130 SPRING 190 untersucht die Zusammensetzung der Umzugskosten bei Angestellten mit Auslandstätigkeit.

bart, dass die vergüteten Beträge ganz oder teilweise zurückzuerstatten sind. Die Firma gewährt dem leitenden Angestellten in der Höhe der Umzugskosten ein unverzinsliches Darlehen, dessen Rückzahlung bis auf weiteres ausgesetzt und nach einer bestimmten Anstellungsdauer erlassen wird.

Die Reisekosten werden vor allem in grösseren Unternehmen nach allgemeinen Richtlinien, die dann als Bestandteil des Anstellungsvertrages gelten, ausbezahlt. Die obersten Führungskräfte beziehen allerdings in der Praxis auch in diesen Unternehmen meistens Vertrauensspesen¹³¹ in der tatsächlichen Höhe¹³².

IV. *Ferienansprüche*

Die Art. 329ff. OR bilden die gesetzliche Grundlage. Der Arbeitnehmer hat einen einheitlichen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, der sich aber auf eine doppelte Leistung, nämlich auf die Ferien einerseits und auf die Lohnzahlung andererseits, richtet.

Der Zeitpunkt der Ferien wird durch den Arbeitgeber bestimmt. Er hat allerdings die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, sofern nicht dringende und unternehmerische Belange entgegenstehen. Die Ferien sind im Verlaufe des betreffenden, spätestens aber im folgenden Dienstjahr zu beziehen¹³³.

Liegen aussergewöhnliche betriebliche oder persönliche Gründe vor, hat der leitende Angestellte nicht zu befürchten, den ausstehenden Ferienanspruch zu verlieren. Er muss aber seine Forderungen gegenüber der Geschäftsleitung geltend machen. In der Praxis verlangen die Führungskräfte häufig nicht nur die Ferien aus dem vergangenen Jahr, sondern auch noch weitere Rückstände. Eine solche Situation widerspricht der Tendenz, dem leitenden Angestellten wegen seiner Stellung, Verantwortlichkeit und geistigen und physischen Belastung einen grösseren Urlaubsanspruch zu gewähren als den übrigen Arbeitnehmern¹³⁴.

Der leitende Angestellte soll den Ferienzeitpunkt möglichst frühzeitig mit der Geschäftsleitung abstimmen, damit die Vertretung während

131 Von Vertrauensspesen spricht man nach MEYER B. 93, wenn sämtliche anfallenden Spesen vergütet werden.

132 GRÜLL 57; a.M. GAUL 191, GOOSSENS 135, die empfehlen, dass auch die leitenden Angestellten nach der gleichen Ordnung zu behandeln seien wie die übrigen Arbeitnehmer.

133 SCHWEINGRUBER N 3 zu Art. 329c OR, MEYER B. 104; a.M. BGE 101 II 286.

134 SKV Nr. 10, Bankpersonalverband 10, FRIEDRICHS 55. WEBER 123: Bei leitenden Angestellten wird in der Praxis gelegentlich auch die Ausbildungszeit an die Dienstjahre angerechnet.

seiner Abwesenheit geregelt werden kann¹³⁵. Eine kurzfristige Verschiebung oder ein Rückruf aus den Ferien sind nur in besonders dringenden Fällen gerechtfertigt, da andernfalls der Erholungszweck nicht erreicht wird¹³⁶.

Die Ferien können nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen ersetzt werden. Das Abgeltungsverbot liegt sowohl im privaten Interesse des Arbeitnehmers, als auch ganz allgemein im öffentlichen Interesse. Daraus folgt aber auch die Pflicht des Arbeitgebers, den Erwerbstätigen notfalls zum Ferienbezug anzuhalten. Der Arbeitgeber, der die Ferien trotz des gesetzlichen Verbotes durch Lohnzuschläge abgelten will, tut dies auf eigene Gefahr, selbst wenn der Arbeitnehmer damit einverstanden ist¹³⁷.

Das Verbot erlischt grundsätzlich nicht am Ende des Arbeitsverhältnisses. Geldleistungen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Arbeitgeber seine Pflicht nicht mehr in natura erfüllen kann¹³⁸.

V. *Nebenbeschäftigung*

Das Verbot der Schwarzarbeit wird unter dem Aspekt der Treuepflicht behandelt. Der Erwerbstätige darf während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt leisten, soweit er dadurch seinen Arbeitgeber konkurrenziert (Art. 321a Abs. 3 OR). Der Begriff «Schwarzarbeit» wird in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannt; präzisiert ist er hingegen in Art. 329d Abs. 3 im Rahmen der missbräuchlichen Nutzung der Ferien¹³⁹.

Die gesetzliche Bestimmung ist nicht zwingend. Verboten ist nur jene Tätigkeit, die der Treuepflicht widerspricht¹⁴⁰. Art. 321a Abs. 3 OR untersagt nur die entgeltliche Schwarzarbeit. Vor allem bei leitenden Angestellten ist auch eine der Treuepflicht widersprechende unentgeltliche Betätigung, beispielsweise die Beratung der Konkurrenz, denkbar. Verboten sind somit diejenige Tätigkeit, die den Arbeitgeber konkurrenziert, und jene, die

135 ARV 1979, 34.

136 BOEDI 265. WEBER 208: In betrieblichen Notsituationen verlangt die Treuepflicht vom Arbeitnehmer, dass er seine Ferienwünsche hinter die Interessen des Betriebes zurückstellt.

137 GewGer Basel-Stadt vom 21.2.1980 in Rechenschaftsbericht 1979, 15.

138 BGE 101 II 285.

139 BÄRLOCHER 119.

140 Nach HOYNINGEN, Billigkeit 186 steht es einem Arbeitnehmer grundsätzlich frei, eine Nebentätigkeit aufzunehmen, soweit dadurch die vertragliche Arbeitspflicht nicht in erheblicher Weise beeinträchtigt wird.

die geistigen oder körperlichen Kräfte des Arbeitnehmers derart beansprucht, dass er erschöpft und leistungsunfähig zur Arbeit erscheint¹⁴¹.

Die Vorbereitung einer eigenen Firmengründung fällt in der Regel nicht unter das Konkurrenzverbot. Voraussetzung ist allerdings, dass nicht Kunden abgeworben oder Verhandlungen mit Konkurrenten des Arbeitgebers geführt werden. Eine andere Frage ist es, inwieweit durch die Vorbereitungshandlungen der Arbeitsvertrag verletzt wird, weil der leitende Angestellte die geschuldete Leistung nicht erbringt¹⁴². Nach der Formulierung des Bundesgerichtes¹⁴³ darf er während der Dauer des Anstellungsverhältnisses ohne weiteres für die Zeit nach Ablauf des Arbeitsvertrages ein eigenes Unternehmen ins Auge fassen. Die Treuepflicht verbietet ihm jedoch, seine Mitarbeiter abzuwerben.

Die Nebenbeschäftigung lässt sich meistens – auch wenn sie im Vertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist – mit der Position des leitenden Angestellten nicht ohne weiteres vereinbaren, weil die Haupttätigkeit in der Regel einen erheblichen Teil der Freizeit beansprucht¹⁴⁴. Trotzdem stellt sich, im Hinblick auf die verschiedenen Möglichkeiten nebenberuflicher Beschäftigung, die Frage nach der Zulässigkeit. Massgebende Kriterien sind

- das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers und eine mögliche Interessenkollision
 - die Leistungsfähigkeit des leitenden Angestellten
 - der Anspruch des leitenden Angestellten auf einen vom Arbeitgeber gewährleisteten Freiraum für Nebentätigkeiten¹⁴⁵.
- Im einzelnen sind zu unterscheiden¹⁴⁶:

1. *Nebentätigkeit in einem festen Arbeitsverhältnis*

Sie ist bei einem leitenden Angestellten schon wegen der früher oder später eintretenden Interessenkollision grundsätzlich ausgeschlossen.

2. *Freies Mitarbeiterverhältnis*

Denkbar ist eine Tätigkeit für eine oder mehrere Firmen, beispielsweise die private Steuerberatungspraxis eines Chefbuchhalters. Die Ver-

141 STREIFF 33, SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 321a OR, REHBINDER 48, Stellungnahme des BIGA (ARV 1974, 2).

142 GOOSSENS 141, GIFT 127.

143 BGE 104 II 28.

144 VELA 14.

145 Arbeitsring Chemie 52.

146 GRÜLL 75, GIFT 78.

trauensstellung im Unternehmen bringt es mit sich, dass in einem solchen Fall die Zustimmung der Geschäftsleitung erforderlich ist.

3. *Beteiligung an einer anderen Firma*

Es geht in erster Linie um die Beteiligung an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder einer GmbH, sowie um die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat einer AG oder in der Verwaltung einer Genossenschaft. Der leitende Angestellte beteiligt sich finanziell an einem Familienunternehmen, zum Beispiel an der Firma seiner Ehefrau, und wird für dieses in seiner Freizeit beratend oder in anderer Weise tätig. Interessenkonflikte sind leicht vorstellbar. Wer solche Beteiligungen übernehmen will, muss sich vorher der ausdrücklichen Zustimmung seines Arbeitgebers versichern.

4. *Aktienbesitz an fremden Unternehmen*

Der leitende Angestellte ist nicht verpflichtet, die Geschäftsleitung über den Besitz an Aktien, Partizipations- und Genussscheinen zu informieren¹⁴⁷. Ausnahmsweise ist jedoch eine Interessenkollision anzunehmen, wenn die Beteiligung eine bestimmte Quote des Gesellschaftskapitals überschreitet.

5. *Veröffentlichungen und Vorträge*

Es ist gerade bei Führungskräften üblich, in Fachzeitschriften Aufsätze zu veröffentlichen oder Vorträge zu halten, die unter Umständen die Interessen der Firma tangieren können. Erforderlich ist die Zustimmung der Geschäftsleitung. Publikationen und Vorträge sind im Manuskript vorzulegen.

Es kann dem leitenden Angestellten aber nicht willkürlich verwehrt werden, sich in seinem Fachgebiet schriftstellerisch zu betätigen. Massgebend ist das schutzwürdige Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung neuer Ergebnisse und Entscheidungen. Umgekehrt ist auch der Arbeitgeber verpflichtet, die Interessen seines Mitarbeiters zu wahren, indem er Publikationen nicht erst dann gestattet, wenn die Ergebnisse veraltet sind¹⁴⁸.

Ob Veröffentlichungen, die ausserhalb des Tätigkeitsgebietes des leitenden Angestellten liegen, ohne weiteres und selbstverständlich frei sind, hängt in der Praxis von den Verhältnissen im Einzelfall ab. Das Kriterium

¹⁴⁷ DGB, Wettbewerbsvereinbarung 4.

¹⁴⁸ Nach SCHÜRMANN 19 kann der leitende Angestellte im umgekehrten Fall verpflichtet sein, bestimmte Nebentätigkeiten zu übernehmen, z.B. Publikationen im Interesse des Unternehmens.

der beeinträchtigten Leistungsfähigkeit ist auch hier wegweisend. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch Nebenbeschäftigungen darf nicht die Haupttätigkeit im Unternehmen in Frage stellen.

6. *Ausübung öffentlicher Ämter*

Jeder Staatsbürger ist zur Wahrnehmung derartiger Aufgaben verpflichtet. Sie fällt daher auch nicht unter den eigentlichen Begriff nebenamtlicher Tätigkeit. Die Genehmigung der Geschäftsleitung zur Übernahme solcher Ämter ist nicht erforderlich, weil sich ihr der Betroffene nicht oder nur in beschränktem Mass entziehen kann.

Auch wenn eine gesetzliche Verpflichtung nicht besteht, darf die Tätigkeit des Bürgers für das Gemeinwohl nicht untersagt werden¹⁴⁹. In diesem Fall ist aber die Geschäftsleitung zu informieren, weil zum Beispiel die Abgeordnetenstellung für eine Partei das Ansehen des Unternehmens beeinträchtigen kann.

VI. *Geheimhaltung*

1. *Grundsatz*

Die Pflicht zur Verschwiegenheit und zur Geheimhaltung ist als besondere Ausprägung der Treuepflicht zu betrachten. Sie bezieht sich auf alle Tatsachen, von denen der Arbeitnehmer im Laufe des Anstellungsverhältnisses Kenntnis erhält und die der Arbeitgeber geheimhalten möchte, sowie auf solche Tatsachen, die vom Arbeitgeber als geheimzuhaltend bezeichnet werden oder bei denen sich der Geheimhaltungswille aus den Umständen ergibt¹⁵⁰.

Den leitenden Angestellten trifft eine erhöhte Verschwiegenheitspflicht. Seine Vertrauensstellung bringt es mit sich, dass er Einblick in betriebsinterne Vorgänge erhält, die nach den drei genannten Kriterien geheimzuhalten sind. Die erweiterte Verpflichtung wird daher häufig vertraglich geregelt, obwohl sie sich bereits aus der gesetzlichen Bestimmung des Art. 321a Abs. 4 OR einerseits und der arbeitsvertraglichen Treuepflicht andererseits ergibt.

Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch einen leitenden Angestellten stellt in schwerwiegenden Fällen einen Grund dar, das Anstellungsverhältnis fristlos aufzulösen, sofern dem Arbeitgeber eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten ist.

149 DGB 13.

150 Beispiele bei REHBINDER 49 und GRÜLL 73, BGE 80 IV 27.

2. *Absolute und relative Geheimhaltungspflicht*

Die Geheimhaltungspflicht besteht absolut während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, auch in Zeiten einer Suspendierung. Nach Vertragsablauf ist der leitende Angestellte berechtigt, die erlangten Fähigkeiten zu seinem beruflichen Fortkommen zu verwerten¹⁵¹; er muss aber auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht nehmen¹⁵². Die Doktrin unterscheidet zwischen absoluter und relativer Geheimhaltungspflicht¹⁵³.

Wer sich die Dienste anderer zunutze macht, hat nach dem Willen des Gesetzgebers bis zu einem gewissen Grad in Kauf zu nehmen, dass der Dienstpflichtige die Erfahrungen, die er in seiner Stellung sammelt, nach der Auflösung des Verhältnisses verwertet, auch wenn dies den Interessen des Arbeitgebers widerspricht. Die Bestrebungen des leitenden Angestellten, seine Arbeitskraft nach Auflösung des Vertrages dort einzusetzen, wo sie ihm dank seinen Erfahrungen den grössten Nutzen verspricht, sind schützenswert. Es kann ihm nicht verwehrt sein, seine durch jahrelange Arbeit erworbenen Fachkenntnisse anzuwenden¹⁵⁴.

Der leitende Angestellte ist aber nur berechtigt, die redlich erlangten Kenntnisse zu benützen. Geschäftsgeheimnisse, die er sich unter Missbrauch seiner Stellung, durch Vertrauensbruch oder durch systematisches Sammeln und Einprägen von betriebsgeheimen Unterlagen angeeignet hat, sind nicht verwertbar¹⁵⁵.

3. *Abgrenzung zur Konkurrenzklausel*

Die gesetzliche Schweigepflicht verhält den leitenden Angestellten nur dazu, geheimzuhaltende Tatsachen nicht weiterzugeben. Das vertragliche Wettbewerbsverbot untersagt ihm hingegen jede konkurrenzierende Tätigkeit. Ohne Vereinbarung eines solchen Verbotes darf er also in einem Konkurrenzunternehmen tätig sein, solange er keine Geheimnisse des ehemaligen Arbeitgebers verrät. Mit einem Wettbewerbsverbot kann demgegenüber schon die Gefährdung des früheren Arbeitgebers insofern unterbunden werden, als er gar nicht in einem Konkurrenzbetrieb arbeiten darf¹⁵⁶.

151 STREIFF 34.

152 Der Arbeitnehmer ist nach erfolgter Kündigung berechtigt, seine neue Tätigkeit vorzubereiten. Er verstösst aber gegen die Treuepflicht, wenn die Vorbereitungen geeignet sind, seinen Arbeitgeber zu schädigen, indem er mit der eigentlichen Konkurrenzzierung noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses beginnt; ObGer Zürich vom 15. 5. 1973 (ZR 1973, 54).

153 REHBINDER 49, WIRZ 71.

154 WIRZ 74, HAEFLIGER 15.

155 GIFT 88.

156 HAEFLIGER 15.

Ein übertretenes vertragliches Verbot ist in der Regel leicht nachzuweisen. Der bisherige Arbeitgeber gerät aber in Schwierigkeiten, wenn er einen Geheimnisverrat beweisen muss. Er wird deshalb bestrebt sein, den früheren Mitarbeiter durch eine Wettbewerbsvereinbarung an einer Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen zu hindern¹⁵⁷.

Der deutsche BGH nimmt zwar bei einem leitenden Angestellten mit besonderer Vertrauensstellung auch nachvertraglich eine Geheimhaltungspflicht an hinsichtlich solcher Umstände, die ihm aufgrund seiner besonderen Stellung bekanntgeworden sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass in einer derartigen Beeinträchtigung vielfach eine Wettbewerbsbeschränkung liegen wird und auch eine ausdrückliche Vereinbarung einer nachwirkenden Geheimhaltungspflicht nur nach den für das Konkurrenzverbot geltenden Regeln zulässig ist¹⁵⁸.

4. *Geheimhaltungspflicht nach Art. 722 OR*

Die geschäftsführenden Mitglieder einer AG unterliegen einem Verschwiegenheitsgebot besonderer Art. Sie haben sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft geheimzuhalten. Diese Pflicht wird durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht aufgehoben¹⁵⁹. Eine andere Regelung gilt nur für die Organvertreter, vor allem den Verwaltungsratsdelegierten und den Direktor, sofern sie arbeitsvertraglich gebunden sind. Nach Art. 321a Abs. 4 OR sollen auch sie als Arbeitnehmer die beruflichen Erfahrungen später grundsätzlich verwerten dürfen. Die Geheimhaltungspflicht besteht dann wiederum nur noch insoweit, als es zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

VII. *Konkurrenzverbot*

1. *Voraussetzungen*

Die Konkurrenzklausel ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien, die den Arbeitnehmer in seiner beruflichen Tätigkeit einschränkt. Die gesetzlichen Bestimmungen über das Zustandekommen von Verträgen gelten sinngemäss. Eine unvollkommen zweiseitige Vereinbarung liegt vor,

157 GAUL/BARTENBACH 49.

158 GIFT 88, GAUL 269.

159 BÜRGI N 11 zu Art. 722 OR, WYSS 121. Mit dem gleichen Ergebnis: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 177, die allerdings die Geheimhaltungspflicht nach Auflösung des Verwaltungsverhältnisses durch Analogie aus dem Arbeitsvertragsrecht folgern. Das Arbeitsrecht selber sieht aber eine absolute Verschwiegenheitspflicht nur während der Vertragsdauer vor.

wenn die Klausel nur den Arbeitnehmer verpflichtet, bestimmte Wettbewerbshandlungen zu unterlassen. Wird hingegen zusätzlich eine Karenzentschädigung verabredet, liegt ein zweiseitiger Vertrag vor.

Die Konkurrenzklausel setzt ein Arbeitsverhältnis voraus, aus dem sie sich auch bei einschränkender Betrachtungsweise nicht lösen lässt. Sie ist weder eine Fortsetzung des Anstellungsvertrages noch ein arbeitsvertragsähnliches Verhältnis. Sie wird stets im Rahmen eines Arbeitsvertrages vereinbart und bildet Bestandteil desselben. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Konkurrenzverbot in seinem rechtlichen Bestand vom zugrundeliegenden gültigen Vertrag abhängig ist und entfällt, wenn sich dieser wegen Rechts- oder Willensmängeln als ungültig erweist.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich schriftlich¹⁶⁰, während einer bestimmten Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jegliche konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit demjenigen des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen (Art. 340 OR). Zwei Geschäfte konkurrieren dann, wenn sie dem gleichen Kundenkreis gleichartige Leistungen anbieten¹⁶¹.

Das Konkurrenzverbot ist allerdings nur verbindlich, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erhält¹⁶². Art. 340 Abs. 2 OR verlangt keinen Nachweis eines tatsächlichen Schadens, sondern lässt die Möglichkeit einer Schädigung genügen¹⁶³.

Die gesetzlichen Einschränkungen sind derart einschneidend, dass ein grosser Teil der Konkurrenzverbote in der Praxis als unzulässig ausscheidet. Übrig bleiben vor allem die Wettbewerbsvereinbarungen in Arbeitsverträgen mit leitenden Angestellten¹⁶⁴.

Das Vorliegen eines Konkurrenzverbotes ist allerdings kein tragfähiges Kriterium zur Abgrenzung leitender Angestellter. Diese Erkenntnis entspringt einer im Jahre 1973 in der BRD durchgeführten empirischen Befragung¹⁶⁵. Konkurrenzklauseln existieren zwar weniger häufig im Kreis der Tarifangestellten, aber immerhin in 16% der untersuchten Fälle. In etwa einem Drittel der Fälle wurde eine Wettbewerbsklausel für leitende Angestellte ausdrücklich als unerheblich bezeichnet. Offenbar ist ausschliesslich

160 Die Formvorschrift soll den Arbeitnehmer veranlassen, sich über den Inhalt der Verpflichtung Klarheit zu verschaffen.

161 BGE 92 II 25 und die dort zitierte Literatur.

162 ObGer Zürich vom 14.3.1974 (ZR 73 (1974), 71).

163 BGE 91 II 380.

164 WALTER 151, MAYER-MALY 43.

165 WITTE/BRONNER 59, 112.

die spezifische Sachaufgabe, nicht aber die Bedeutung der Position ausschlaggebend für eine solche Klausel.

Die Bestimmungen über das Konkurrenzverbot sind relativ zwingender Natur, mit Ausnahme der absolut zwingenden Regelung in Art. 340b OR (Art. 361/362 OR). Sie dienen einseitig den Interessen des Arbeitgebers und schränken die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers ein. Die Zulässigkeit einer Konkurrenzklausel ist daher vom Gesetzgeber zum Schutz der schwächeren Partei in den Art. 340ff. OR an bestimmte Voraussetzungen geknüpft worden.

Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot ist abzugrenzen von der Wettbewerbsabrede, beispielsweise in Verbindung mit einer Geschäftsübergabe¹⁶⁶. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die Art. 27 ZGB und 20 OR gelangen zur Anwendung, nicht aber die Art. 340ff. OR.

Ein leitender Angestellter, der den Arbeitsplatz wechselt, tritt zum bisherigen Arbeitgeber in ein Konkurrenzverhältnis, wenn er seine persönlichen und beruflichen Kenntnisse einem Dritten zur Verfügung stellt¹⁶⁷. Auf der anderen Seite folgt aus der Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Geheimhaltungspflicht, dass er die gesammelten Erfahrungen verwerten darf, auch wenn dies den Interessen des Arbeitgebers widerspricht. Es sind somit gegensätzliche Anliegen abzuwägen.

Die Konkurrenzklausel soll vom Arbeitgeber nicht missbraucht werden, um einen früheren leitenden Angestellten als späteren Konkurrenten auszuschalten. Anerkennenswert ist hingegen der Schutz vor absichtlicher Ausnützung von Geschäftsgeheimnissen zum eigenen Vorteil oder zuhanden eines Dritten¹⁶⁸. Das Konkurrenzverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist streng zu unterscheiden von dem aus der Treuepflicht fließenden Verbot während der Vertragsdauer nach Abs. 3 und der Geheimhaltungspflicht nach Abs. 4 des Art. 321a OR.

Die Aufzählung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen sowohl in Art. 321a Abs. 4 als auch in Art. 340 OR ist verwirrend. Sie spielen bei der Konkurrenzierung eine Rolle und sind im Rahmen von Art. 340 OR zu würdigen. Art. 321a bezieht sich auf die Geheimhaltung von persönlichen Umständen¹⁶⁹.

166 AppGer Basel-Stadt vom 8. 12. 1975 (BJM 1976, 164).

167 Es gibt aber kein gesetzliches Konkurrenzverbot. Jeder Arbeitnehmer kann nach Beendigung des Anstellungsvertrages zu seinem früheren Arbeitgeber in Konkurrenz treten. Eine Wettbewerbsklausel kann nur vertraglich vereinbart werden.
Ähnlich: TAUSEND 63.

168 SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 340 OR, BGE 92 II 26, GIFT 128.

169 HAEFLIGER 15, SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 340 OR, WIRZ 74.

In der Praxis bereitet die Auslegung der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einerseits und des Kundenkreises andererseits einige Schwierigkeiten. Die Geheimnisverletzungen sind zwar in der Regel leicht festzustellen, doch ist immerhin zu prüfen, ob es sich wirklich um Tatsachen handelt, die einem Konkurrenzunternehmen nicht bekannt sind. Der leitende Angestellte hat auch die von ihm selber entwickelten Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse zu wahren, denn nach Art. 332 OR gehören Erfindungen in Ausübung einer vertraglichen Pflicht dem Arbeitgeber.

Unter dem Kundenkreis ist nicht die allgemeine Kundschaft zu verstehen, sondern ein besonderer Kreis mit speziellen Wünschen und Bedürfnissen, die zu kennen und zu befriedigen vorteilhaft sein kann. Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer den Kundenkreis persönlich schuf¹⁷⁰. Er hat das Konkurrenzverbot auch dann zu beachten, wenn ihm bei Antritt seiner Tätigkeit keine Kundenliste zur Verfügung stand¹⁷¹.

2. *Abschluss des Konkurrenzverbotes*

Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen finden Anwendung auf Konkurrenzvereinbarungen, die mit dem Anstellungsvertrag selber oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, insbesondere aus Anlass einer Beförderung, abgeschlossen werden. Vereinbarungen während der Kündigungsfrist und im Zusammenhang mit Verhandlungen über die Vertragsauflösung sind ohne weiteres zulässig¹⁷².

Wettbewerbsabreden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind gültig; sie richten sich aber nicht nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, sondern nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen¹⁷³.

Die Parteien sind frei, diejenigen Wettbewerbshandlungen im einzelnen zu bezeichnen, die dem leitenden Angestellten verwehrt sein sollen¹⁷⁴. Meistens wird aber in der Praxis ganz allgemein eine Tätigkeit im Interesse eines Konkurrenzunternehmens untersagt.

3. *Beschränkungen*

Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu beschränken, um das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers

170 HALLERIGER 34: Es spielt keine Rolle, ob der Kundenkreis des Geschäftes beim Eintritt des Arbeitnehmers schon vorhanden war oder nicht. Es sind immer die Verhältnisse zu berücksichtigen, wie sie zur Zeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

171 BGE 91 II 379.

172 GRÜLL/KLEINE 287.

173 GRÜLL, Konkurrenzklausel 16.

174 Beispiele von Konkurrenzklauseln verschiedenster Art bei GRÜLL, Konkurrenzklausel 28.

nicht unbillig zu erschweren. Es darf nur ausnahmsweise drei Jahre überschreiten. Übermässige Konkurrenzklauseln sind nicht unwirksam, können aber vom Richter nach seinem Ermessen herabgesetzt werden (Art. 340a OR). Es geht dabei um die Korrektur übermässiger Ansätze und nicht darum, ein Konkurrenzverbot, das überhaupt keine Einschränkungen enthält, durch den Richter festlegen zu lassen. Es kann nicht seine Aufgabe sein, ein solches Verbot in dreifacher Hinsicht zu korrigieren¹⁷⁵.

Der sachliche Geltungsbereich bezieht sich nur auf das als schutzwürdig anzuerkennende Interesse des Arbeitgebers, nämlich auf die Ausübung einer gleichartigen Tätigkeit bei einem im unmittelbaren Wettbewerb stehenden Konkurrenzunternehmen¹⁷⁶.

Ähnliches gilt für die territoriale Begrenzung. Das Konkurrenzverbot muss die örtlichen Grenzen genau bezeichnen. Die grösstmögliche Ausdehnung des Verbotes liegt im Wirkungskreis des Unternehmens. Liegt der zukünftige Betrieb ausserhalb dieses Bereiches, ist ein Konkurrenzgeschäft im Sinne des Art. 340 OR zu verneinen¹⁷⁷.

Die Konkurrenzklausel darf grundsätzlich nicht so weit gehen, dass der leitende Angestellte praktisch gezwungen ist, seine Kenntnisse und Berufserfahrungen während der Dauer des Verbotes brach liegen zu lassen und damit die gesamten Ergebnisse seiner Vorbildung zu opfern¹⁷⁸.

Der Schutz von Betriebsgeheimnissen durch Konkurrenzverbote ist mit unerwünschten Nebenfolgen, nämlich der Beschränkung der Mobilität des Arbeitnehmers, verbunden¹⁷⁹. Es bleibt deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Vorteile des Geheimhaltungsschutzes die Nachteile der Mobilitätsbeschränkung aufwiegen¹⁸⁰.

4. *Verstoss gegen das Konkurrenzverbot*

Wenn sich der Arbeitnehmer nicht an das Konkurrenzverbot hält, hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Schadenersatz, nicht auf Realerfüllung (Art. 340b Abs. 1 und 361 OR). In der Regel wird aber eine Konventionalstrafe¹⁸¹ vereinbart¹⁸². Auch sie kann nach Art. 163 OR vom Richter herabgesetzt werden, wenn sie übermässig hoch erscheint¹⁸³.

175 SCHWEINGRUBER N 5 zu Art. 340a OR.

176 GRÜLL 83.

177 HAEFLIGER 56.

178 GRÜLL/KLEINE 32.

179 DORNDORF 138.

180 STREIFF 159, DORNDORF 139.

181 BECKER N 1 zu Art. 160 OR, BARROT 151. Die Konventionalstrafe ist die durch Rechtsgeschäft festgesetzte Leistung, der sich jemand unterwirft für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit.

182 Der Schadensnachweis entfällt.

183 REHBINDER 114, GUHL/MERZ/KUMMER 436.

Weiterer Schaden im Sinne des Gesetzestextes ist dann zu bejahen, wenn dem Arbeitgeber ein Verlust erwächst, der die Konventionalstrafe übersteigt. Der Arbeitnehmer ist in voller Höhe ersatzpflichtig, sofern ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann (Art. 340b Abs. 2 in Verbindung mit Art. 161 Abs. 2 OR).

Durch eine besondere schriftliche Abrede kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens kumulativ auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen¹⁸⁴, sofern seine verletzten oder bedrohten Interessen und das Verhalten des Arbeitnehmers die Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Erforderlich ist allerdings, dass der Arbeitgeber ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Verbotes nachweisen kann und der Arbeitnehmer die Grundsätze von Treu und Glauben besonders stark verletzt. Der Arbeitgeber muss glaubhaft machen, dass bedeutende Werte auf dem Spiel stehen, die mit Schadenersatz allein nicht wiedergutmacht werden können¹⁸⁵.

Art. 340b Abs. 3 OR ist eine Ausnahmebestimmung. Als Sanktion bei der Verletzung von Konkurrenzverboten kommt in erster Linie die Konventionalstrafe in Frage. Nur in besonderen Fällen kann die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangt werden¹⁸⁶. Nicht jedes Geheimhaltungsinteresse genügt diesen Anforderungen; verlangt wird ein schutzwürdiges Interesse an innerbetrieblichen Tatsachen (Know-How), deren Bekanntgabe den Arbeitgeber in unzumutbarer Weise schädigen könnte¹⁸⁷.

5. *Wegfall des Konkurrenzverbotes*

Die Konkurrenzklausel entfällt, wenn der Arbeitgeber an ihrer Aufrechterhaltung nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, wenn er dem Arbeitnehmer begründeten Anlass zur Kündigung¹⁸⁸ gegeben hat oder wenn er seinerseits das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer dazu Anlass gegeben hat (Art. 340c OR).

Der begründete Anlass ist nicht gleichbedeutend mit einem wichtigen Grund. Während dieser nach Art. 337 OR nur vorliegt, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben

184 BGE 99 II 175.

185 SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 340b OR, GUHL/MERZ/KUMMER 436.

186 Die schriftliche Vereinbarung muss die Möglichkeit der Realerfüllung ausdrücklich enthalten.

187 HAEFLIGER 77.

188 TAUSEND 62: Als von der Gesellschaft veranlasst gilt eine Kündigung durch den leitenden Angestellten, wenn er durch Umstände zur Auflösung des Anstellungsvertrages gezwungen wird, die ausschliesslich vom Arbeitgeber zu verantworten sind.

nicht mehr zugemutet werden kann, ist ein begründeter Anlass schon zu bejahen, wenn ein erhebliches Kündigungsmotiv besteht. Grundsätzlich genügt jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise zur Vertragsauflösung veranlassen kann¹⁸⁹. Dabei ist allerdings ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Arbeitgebers und der Kündigung durch den Arbeitnehmer erforderlich¹⁹⁰.

6. *Karenzentschädigung*

Die Karenzentschädigung stellt eine Gegenleistung dar für die berufliche Beschränkung, die der Angestellte mit der Konkurrenzklausel auf sich nimmt. Die Vergütung des Arbeitgebers während der Karenzzeit ist vom Richter, falls er das Wettbewerbsverbot einzuschränken gedenkt, angemessen zu berücksichtigen (Art. 340a Abs. 2 OR).

In Deutschland sind Konkurrenzverbote grundsätzlich nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, dem Angestellten eine Entschädigung zu zahlen, die nach § 74 Abs. 2 HGB mindestens 50% der zuletzt bezogenen vertragsmässigen Leistungen beträgt¹⁹¹. Der Angestellte muss sich allerdings anrechnen lassen, was er während der Karenzzeit durch anderweitige Tätigkeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt¹⁹².

Hier ist beizufügen, dass nach § 75 HGB eine Wettbewerbsvereinbarung für Angestellte, deren Bezüge eine bestimmte Grenze überschreiten, also für die meisten leitenden Angestellten, auch dann verbindlich ist, wenn sie keine Gegenleistung des Arbeitgebers enthält. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist diese Bestimmung jedoch verfassungswidrig¹⁹³. Für alle Erwerbstätigen darf daher ein Konkurrenzverbot nur gegen Vereinbarung einer Entschädigung abgeschlossen werden¹⁹⁴.

Massgebend ist die Tatsache, dass die Unverbindlichkeit einer Konkurrenzklausel, weil sie das Fortkommen unbillig erschwert, nur danach beurteilt werden kann, ob und in welcher Höhe eine Karenzentschädigung gewährt wird. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass nach allgemeiner Ver-

189 KassGer Zürich vom 14.3.1977 (SJZ 1977, 237).

190 HAEFLIGER 90.

191 DORNDORF 194ff., FISCHER A. 215.

192 GIFT 133, GRÜLL, Taschenbuch 79, ULA, RdA 300, GRÜLL, Konkurrenzklausel 37f., TAUSEND 64.

193 FISCHER A. 215, BOLDT, ZAS 4.

194 HROMADKA 252 kommentiert den BAGE vom 2.10.1975, wonach die Bestimmung, dass «Hochbesoldete» auch ohne Karenzentschädigung ein Wettbewerbsverbot vereinbaren können, verfassungswidrig sei. Eigentlicher Entscheidungsgrund ist – nach HROMADKA – die zunehmende Schutzbedürftigkeit des leitenden Angestellten. Ebenso: HOFMANN 146, SÄCKER 1201, LÖWISCH 1.

kehrsanschauung eine Leistung üblicherweise nur dann erwartet werden darf, wenn dafür auch eine entsprechende Gegenleistung erbracht wird¹⁹⁵.

Die Forderungen der deutschen Angestelltengewerkschaften gehen noch weiter. Einerseits sind die Wettbewerbsverbote im Interesse des leitenden Angestellten auf die unerlässlichen Fälle zu beschränken, auf der anderen Seite verlangen sie eine Änderung der gesetzlichen Regelung. Die Karenzentschädigung soll mindestens 75% des zuletzt bezogenen Gehaltes betragen und die Anrechenbarkeit anderweitigen Verdienstes darf erst dann eintreten, wenn dieser mehr als 125% der vertragsmässigen Leistungen ausmacht¹⁹⁶.

Bei den Gesetzesberatungen zur Revision des schweizerischen Arbeitsvertragsrechtes standen ähnliche Varianten zur Diskussion. Die von den Arbeitnehmern geforderte obligatorische Gegenleistung des Arbeitgebers wurde nicht in das neue Recht aufgenommen, doch sind gewisse, in der Praxis entwickelte und vom Bundesgericht geschützte Lösungswege berücksichtigt worden¹⁹⁷.

Art. 340a Abs. 2 OR ermöglicht es dem Arbeitgeber zwar, das Konkurrenzverbot je nach den besonderen Umständen des Einzelfalles mit oder ohne Gegenleistung auszugestalten. Es wird ihm aber häufig gelingen, ein umfassendes Verbot zu vereinbaren, ohne eine Karenzentschädigung gewähren zu müssen¹⁹⁸. Die Gefahr, dass der Arbeitgeber seine übergeordnete Stellung ausnützt, ist auch bei der Entschädigungsfrage nicht auszuschliessen. Damit soll jedoch keinesfalls eine gesetzliche Verankerung der Karenzentschädigung postuliert, sondern nur der Auffassung widersprochen werden, dass ein Arbeitgeber, der an einem Konkurrenzverbot interessiert ist, jederzeit von sich aus bereit sei, eine angemessene Gegenleistung zu erbringen.

7. *Einzelfragen*

Eine Konkurrenzklausel, die bereits bei der Vertragsauflösung während der Probezeit anwendbar sein soll, ist gültig, sofern die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 340 Abs. 2 OR erfüllt sind¹⁹⁹. Die kurze Dauer eines Arbeitsverhältnisses oder die Vereinbarung einer Probezeit schliessen nicht unbedingt aus, dass das Wettbewerbsverbot sofort in Kraft tritt. Vor allem bei leitenden Angestellten ist häufig von Beginn des Arbeits-

195 GRÜLL/KLEINE 291, DORNDORF 194.

196 DAG 15.

197 Beispiele bei SCHWEINGRUBER N 5 zu Art. 340a OR.

198 A.M. HAEFLIGER 31.

199 A.M. SCHWEINGRUBER N 12 zu Art. 340 OR.

verhältnisses an ein Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse anzunehmen.²⁰⁰

Der Richter kann dem Umstand, dass das Arbeitsverhältnis schon während der Probezeit aufgelöst wird, dadurch Rechnung tragen, dass er das Konkurrenzverbot einschränkt und die Konventionalstrafe allenfalls herabsetzt (Art. 163 Abs. 3 OR)²⁰¹.

8. *Konkurrenzverbot der Organvertreter*

a) *Kaufmännische Stellvertretung*

Der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber steht, dürfen ohne Einwilligung weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zur Branche des Inhabers gehören (Art. 464 OR)²⁰². Umstritten ist, ob diese Wettbewerbsvereinbarung jede Tätigkeit untersagt oder beschränkt ist auf einzelne Konkurrenzgeschäfte. Die Kontroverse um den gesetzlichen Umfang des Verbots ist für denjenigen Geschäftsführer ohne Bedeutung, der seine Tätigkeit aufgrund eines Arbeitsvertrages ausübt, da er kumulativ dem Art. 464 und dem aus der Treuepflicht fließenden Konkurrenzverbot nach Art. 321a Abs. 3 OR untersteht²⁰³.

Art. 464 Abs. 2 gewährt dem Geschäftsherrn einen Schadenersatzanspruch und das Recht, die unerlaubt abgeschlossenen Geschäfte auf eigene Rechnung zu übernehmen²⁰⁴.

b) *Aktienrechtliches Konkurrenzverbot*

Art. 561 und 818 OR regeln das Wettbewerbsverbot für den Kollektivgesellschafter respektive das geschäftsführende Mitglied der GmbH. Das Aktienrecht kennt zwar kein die Treuepflicht noch besonders unterstreichendes Konkurrenzverbot, doch ist ein solches im Rahmen der Gesellschaftsinteressen zu bejahen.

Die Art. 340ff. OR sind dann zu beachten, wenn das Verbot für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde. Im übrigen ist das geschäftsführende Organ der Aktiengesellschaft auch

200 GIFT 55.

201 HAEFLIGER 41: Das Konkurrenzverbot wird in diesen Fällen nur ganz ausnahmsweise voll wirksam.

202 GAUTSCHI N 1ff. zu Art. 464 OR.

203 WYSS 116 und die dort zitierte Literatur.

204 GAUTSCHI N 7b zu Art. 464 OR.

ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, die in seiner Organeigenschaft wahrgenommenen Dinge, deren Geheimnischarakter ihm bewusst ist, während der Dauer des Vertragsverhältnisses und nach dessen Beendigung geheimzuhalten²⁰⁵.

Die Treuepflicht der Verwaltung führt automatisch zur Annahme eines Konkurrenzverbotes, mindestens für die Dauer der Verwaltungsratsstätigkeit, das in analoger Weise zu verstehen und zu begründen ist wie dasjenige für die Kollektivgesellschafter und die Komplementäre²⁰⁶.

Dementsprechend ist es den Geschäftsführungsorganen untersagt, in der eigenen Branche tätig zu werden oder sich an einem anderen Unternehmen als unbeschränkt haftende Gesellschafter, als Kommanditäre oder als Mitglieder einer GmbH zu beteiligen. Eine statutarische oder noch besser vertragliche Umschreibung des Konkurrenzverbotes ist aber trotzdem dringend zu empfehlen.

9. *Die Problematik des Konkurrenzverbotes*

Die Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Geheimhaltung gewisser betriebsinterner Vorgänge einerseits und der Mobilität des Arbeitnehmers andererseits führt zu einer Unterscheidung in aktuelle und potentielle Konkurrenz²⁰⁷. Verfügen zum Beispiel zwei Unternehmen über ähnliche technische Anlagen und können Neuinvestitionen zur Aufnahme der konkurrenzierenden Produktion eingespart werden, indem man die vorhandenen Fertigungseinrichtungen ausnützt, so wäre dieses potentielle Wettbewerbsverhältnis bei Einstellung eines Geheimnisträgers eng genug, um eine Sperre zu rechtfertigen.

Es wird für den leitenden Angestellten jedoch schwierig sein, zum vorneherein zu beurteilen, ob ein bestimmtes Unternehmen die Kriterien der Wettbewerbsabrede erfüllt²⁰⁸. Er darf aber bei Aufnahme der Tätigkeit in der Regel darauf vertrauen, dass er nicht innerhalb des Geltungsbereiches des Konkurrenzverbotes liegt²⁰⁹.

205 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 173, 177, KREUSCH 167.

206 BÜRGI N 9 zu Art. 722 OR.

207 DORNDORF 237.

208 Nimmt er z.B. eine Stelle an und wird er in der Folge von der Firmenentwicklung überrascht, kann man in der Regel von ihm höchstens verlangen, dass er die Vorbereitungen zum Markteintritt nicht noch fördert, also jedenfalls die Betriebsgeheimnisse für sich behält.

209 DORNDORF 241 und die dort herausgearbeiteten Kriterien.

VIII. Abgangsentschädigung

Die Art. 339b–d OR regeln die Abgangsentschädigung für einen mindestens 50jährigen Arbeitnehmer nach einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von 20 Jahren²¹⁰. Scheidet der Arbeitnehmer infolge Todes aus, ist die Entschädigung zusätzlich zum nachwirkenden Lohnanspruch an die bezugsberechtigten Personen gemäss Art. 338 Abs. 2 OR zu bezahlen²¹¹. Keine Abfindung ist geschuldet, wenn eine Vorsorgeeinrichtung Leistungen erbringt, welche die allfälligen Beiträge des Arbeitnehmers übersteigen, oder wenn der Arbeitgeber selbst solche verbindlich zusichert (Art. 339d OR). Die Abgangsentschädigung soll die Lücken dort schliessen, wo keine Personalvorsorgeeinrichtung besteht oder ihre Leistungen ungenügend sind²¹².

Das gesetzliche Minimum in der Höhe von zwei Monatslöhnen steht in keinem Verhältnis zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um einen Anspruch geltend machen zu können. Eine Kritik erübrigt sich insofern, als die künftigen Leistungen einer Personalfürsorgestiftung die Abgangsentschädigung dann ersetzen, wenn sie die Arbeitnehmerbeiträge übersteigen. Wird das Obligatorium der zweiten Säule, d.h. der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge gemäss Art. 34 quater BV verwirklicht, verliert die Abgangsentschädigung weitgehend ihre Bedeutung²¹³.

Selbstverständlich können in einem Anstellungsvertrag höhere Ansätze vereinbart werden, was vor allem bei leitenden Angestellten zu erwarten ist. Die Art. 339b–d behalten daher ihre Gültigkeit für Entschädigungen an Führungskräfte²¹⁴.

Der Richter bestimmt die Höhe der Entschädigung nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände (Art. 339c Abs. 2 OR). Er greift aber nur ein, wenn keine Vereinbarung durch schriftliche Abrede oder durch Gesamtarbeitsvertrag besteht. Wird die Abgangsentschädigung im Arbeitsvertrag des leitenden Mitarbeiters geregelt, stellt sich die Frage nach den Beschränkungsmöglichkeiten gemäss Art. 339c Abs. 3 OR. Das Gesetz sieht eine Herabsetzung unter anderem dann vor, wenn das Anstellungsverhältnis vom Arbeitnehmer grundlos gekündigt oder vom Arbeitgeber aus wichtigen Gründen aufgelöst wird. Die Kriterien sind ähnlich denjenigen beim Konkurrenzverbot. Dabei ist wiederum die Unterscheidung zwischen dem wichtigen Grund und dem begründeten Anlass zu beachten²¹⁵.

210 TSCHUDI 239: Im selben Unternehmen, unabhängig vom Inhaber.

211 Bankpersonalverband 9, REHBINDER 112.

212 BBl. 1967 II, 397.

213 TSCHUDI 237, STREIFF 154.

214 SCHWEINGRUBER N 1 zu Art. 339b OR.

215 WIRZ 62.

Die Höhe der Abgangsentschädigung bestimmt sich nach Monatslöhnen, nicht nach dem durchschnittlichen Verdienst. Gratifikationen, Spesengelder, Gewinnanteile und Tantiemen sind nicht einzubeziehen²¹⁶. Hier ist zu präzisieren, dass im Fall von Provisionszahlungen nicht vom festen Lohn, sondern vom Gesamtlohn auszugehen ist. Der Handelsreisende, der ausschliesslich auf Provisionsbasis arbeitet, hätte sonst keinen Anspruch auf eine Entschädigung²¹⁷.

Vergleichsweise sind an dieser Stelle die Auffassungen in der deutschen Literatur heranzuziehen. Wird der Arbeitsvertrag aus Gründen gelöst, die nicht in der Person des leitenden Angestellten liegen, ist es üblich, eine Abgangsentschädigung zu entrichten. Diese bemisst sich in der Regel nach der Beschäftigungsdauer und liegt zwischen 12 und 18 Monatsgehältern²¹⁸. Eine solche Abfindung erscheint recht hoch, doch muss man sich vergegenwärtigen, welche wirtschaftlichen Nachteile der Verlust des Arbeitsplatzes für den leitenden Angestellten nach sich ziehen kann. Gelingt es ihm nicht, innert angemessener Frist eine neue Anstellung zu finden, ist die Entschädigung aufgebraucht. Die Schutzbedürftigkeit der Führungskräfte rechtfertigt eine Abfindung in dieser Höhe²¹⁹.

IX. Kautio

Die Möglichkeit des Lohnrückbehaltes zur Sicherung der Arbeitgeberforderungen aus dem Arbeitsverhältnis ist stark beschränkt (Art. 323a OR)²²⁰. Es besteht aber häufig das Bedürfnis – bei Angestellten, die viel mit Geld zu tun haben, sowie bei Führungskräften – den Arbeitgeber im voraus für seine Ansprüche sicherzustellen, und zwar in Form einer Kautio (Art. 330 OR)²²¹.

Im Konkurs des Arbeitgebers wird die nicht aus seinem Vermögen ausgeschiedene Kautio Bestandteil der Masse. Die Rückgabeforderung ist dann eine nach Art. 219 Abs. 4 SchKG in der ersten Klasse privilegierte Konkursforderung²²². Der Arbeitnehmer hat indessen einen Aussonde-

216 STREIFF 153.

217 ZivGer Basel vom 23. 2. 1979 (BJM 1979, 129).

218 DGB 16.

219 A.M. BRAND 81: Dieser Schutz ist nicht notwendig, da die Stellung des leitenden Angestellten so stark sein sollte, dass er sich selbst helfen kann. Ist sie das nicht, wäre das eher ein Anzeichen dafür, dass es sich nicht um Führungskräfte handelt. Diese Auffassung vom fehlenden Schutzbedürfnis ist allerdings heute kaum mehr haltbar.

220 KAPLAN 71, MEYER B. 115.

221 ALTHERR 86 bezeichnet die Kautio als eine Sicherheitsleistung, die der Befriedigung bestehender Ersatzforderungen aus Mankoschäden dient.

222 KAPLAN 89.

rungsanspruch, wenn die Kautionswerte vom Geschäftsvermögen getrennt verwahrt worden sind²²³.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates der AG sind verpflichtet, für die Dauer ihrer Tätigkeit eine von den Statuten zu bestimmende Anzahl von Aktien der Gesellschaft an deren Sitz zu hinterlegen (Art. 709 OR). Sie dienen der Sicherung von Verantwortlichkeitsansprüchen und dürfen deshalb – im Gegensatz zu Art. 330 Abs. 2 OR – erst zurückgegeben werden, wenn dem Kautionspflichtigen Decharge erteilt worden ist (Art. 710 OR)²²⁴. Der Wert einer solchen Regelung ist allerdings fraglich. Die Hinterlegung muss einerseits nicht durch die Verwaltungsratsmitglieder selbst erfolgen und andererseits fehlt die Verpflichtung zur Leistung eines Minimalbetrages, da eine einzige Pflichtaktie genügt²²⁵.

Diese aktienrechtliche Bestimmung darf nicht auf die Geschäftsführer, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, ausgedehnt werden. Direktoren und Prokuristen werden deshalb häufig im Anstellungsvertrag zur Leistung einer Kaution nach Art. 330 OR verpflichtet.

In der Praxis kommt es allerdings vor, dass auch von leitenden Angestellten die Hinterlegung von sogenannten Pflichtaktien gefordert wird. Für den Fall späterer Entlassung aus dem Dienst der AG verpflichtet sich die Verwaltung, diese Aktien zu einem bestimmten Wert zu übernehmen²²⁶.

X. Weiterbildung

Die Weiterbildung stellt eines der wirksamsten Mittel dar, dem leitenden Angestellten die gewünschte Unternehmenspolitik nahezubringen und ein fortschrittliches Führungsverhalten zu erreichen. Voraussetzungen sind die Motivierung des Mitarbeiters und die positive Einstellung der Geschäftsleitung zur Kaderausbildung²²⁷.

Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages verpflichtet sich der leitende Angestellte in der Regel nicht, sich beruflich weiterzubilden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er die vertraglich geschuldete Leistung nur erbringen kann, wenn er sich durch andauernde Ergänzung und Erweiterung seines Wissens mit dem jeweiligen Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung vertraut hält und die gebotenen Fortbildungsmöglichkeiten wahrnimmt. Dieses Thema sollte daher im Anstellungsvertrag angesprochen werden.

223 REHBINDER 81, MEYER B. 117.
224 WYSS 134, GUHL/MERZ/KUMMER 667.
225 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 168.
226 GUHL/MERZ/KUMMER 650.
227 FIET 9, GAUL 168.

Bei hochqualifizierten Spezialisten kommt es demgegenüber häufig vor, dass eine Fortbildung für die im Unternehmen gestellten Aufgaben nicht erforderlich ist, dass sie aber selber ein erhebliches Interesse daran haben, den Anschluss in den Bereichen der Entwicklung und der Forschung nicht zu verlieren. Dieses Bestreben sollte auch von Unternehmensseite durch eine entsprechende Freistellung gefördert werden.

Die leitenden Angestellten sind beruflich oft überlastet. Es ist ihnen die Gelegenheit zu bieten, sich auch während der Arbeitszeit weiterzubilden, beispielsweise im Rahmen eines bezahlten Bildungsurlaubes²²⁸. Wenn man allerdings davon ausgeht, dass die Führungsarbeit in der betrieblichen Hierarchie von einer bestimmten Stufe an eine scharfe Trennung in Arbeits- und Freizeit gar nicht mehr zulässt, verliert die Frage, wann Bildungsveranstaltungen durchzuführen sind, ihre ursprüngliche Berechtigung²²⁹.

Die betriebswirtschaftliche Literatur²³⁰ betrachtet die Weiterbildung als Rahmenbegriff und unterscheidet Ausbildung und Weiterbildung im engeren Sinn einerseits sowie innerbetriebliche und ausserbetriebliche Bildung andererseits:

1. Unternehmensexterne Ausbildung

Sie umfasst Schulbildung und Studium. Die Anforderungen sind in der Praxis uneinheitlich und unterscheiden sich in erster Linie nach Branche und Betriebsgrösse. Grossbetriebe in der forschungs- und entwicklungsinintensiven Industrie weisen den grössten Anteil an Akademikern in leitender Stellung auf.

2. Unternehmensinterne Ausbildung

Die sogenannte Aufstiegsausbildung wird dann aktuell, wenn die berufliche Qualifikation des leitenden Angestellten nicht mehr dem neuesten Stand von Entwicklung, Technik und Wissenschaft entspricht. Beispiele sind: Informationskurse, Mitarbeiterförderungsprogramme und Managementseminare.

3. Unternehmensexterne Weiterbildung

Darunter sind zu verstehen:

– Veranstaltungen, die von ausserbetrieblichen Instituten durchgeführt werden.

228 DE BEER 50.

229 SKV Nr. 14, Bankprokuristenverein 60.

230 NIEDENHOFF, Selbstverständnis 36.

– Gemeinsame Seminare mehrerer Unternehmen, beispielsweise derselben Branche.

– Vom Unternehmen selber organisierte Kurse, die aber von fremden Lehrkräften ausserhalb des Betriebes durchgeführt werden.

Die Förderung der fachlichen und organisatorischen Zusammenhänge im innerbetrieblichen Bereich erfolgt in der Regel durch eine betriebsnahe Weiterbildung. Geht es aber in erster Linie darum, überbetriebliche Erfahrungen für den eigenen Bereich nutzbar zu machen, drängt sich eine Ausbildung ausserhalb des Hauses auf²³¹.

In der Praxis ist die Kombination von inner- und ausserbetrieblicher Aus- und Weiterbildung in der Regel Voraussetzung dafür, dass ein Mitarbeiter zum leitenden Angestellten aufsteigen und sich auf dieser Stufe behaupten kann²³².

§ 11 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

I. Allgemeines

Es bleibt den Parteien überlassen, die Modalitäten der Vertragsauflösung festzulegen. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen Aufhebungsvertrag, Zeitablauf²³³ und Kündigung²³⁴. Der Tod des Arbeitgebers und der Konkurs von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer sind keine Beendigungsgründe.

II. Aufhebungsvertrag

Häufig wird der Arbeitgeber einem leitenden Angestellten, dem er zu kündigen beabsichtigt, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages anbieten. Dies geschieht meistens, um ihm das berufliche Fortkommen nicht unnötig zu erschweren. So gesehen drängt sich die vorzeitige Beendigung bei Einigung über die bestehenden Ansprüche im Rahmen eines Aufhebungsvertrages geradezu auf.

Es sind aber Fälle denkbar, in denen der Arbeitgeber einen leitenden Angestellten durch Kündigungsandrohung unter Druck setzt. Hier ist der Abschluss eines solchen Vertrages nicht zu empfehlen²³⁵.

231 GAUL 168.

232 DAG 17.

233 Vgl. die Ausführungen in § 10 I.

234 Einzelheiten bei REHBINDER 97ff.

235 WIEGAND 66.

III. Kündigung

Der bedeutendste und häufigste Beendigungsgrund ist die Kündigung, die einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die das Rechtsverhältnis mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst wird. Sie kann nicht einseitig zurückgezogen werden. Ein Widerruf ist nur im Rahmen einer einverständlichen Vereinbarung mit dem Vertragspartner möglich²³⁶. Eine bestimmte Form ist grundsätzlich auch beim Anstellungsverhältnis mit leitenden Mitarbeitern nicht vorgeschrieben.

Die ordentliche und die ausserordentliche Kündigung unterscheiden sich darin, dass die erste das Arbeitsverhältnis in der Regel nach Ablauf einer gewissen Frist beendet, während die zweite unmittelbar nach Eingang der Kündigungserklärung wirkt.

1. Ordentliche Kündigung

Beide Vertragsparteien haben das Recht, das Arbeitsverhältnis – im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften – aus beliebigen Gründen einseitig aufzulösen (Art. 336 Abs. 1 OR). Diese Regelung gilt nur für Verhältnisse, die auf unbestimmte Zeit eingegangen werden, sowie für befristete Verträge, sofern die Laufzeit ausnahmsweise zehn Jahre übersteigt (Art. 336d OR). Im übrigen sind die Parteien gebunden; möglich ist nur die ausserordentliche Kündigung.

Der leitende Angestellte, der sich von seinem Arbeitsvertrag vorzeitig lösen möchte, hat nur die Möglichkeit, sich mit der Geschäftsleitung im Rahmen einer offenen Aussprache zu verständigen. Seinem Anliegen wird in der Praxis wenn immer möglich entsprochen, weil die erzwungene Mitarbeit nur von begrenztem Wert ist und vielfach Missstimmung hinterlässt. Voraussetzung ist, dass das Anstellungsverhältnis nicht zur Unzeit aufgelöst wird und der Firma genügend Zeit bleibt, eine geeignete Ersatzkraft einzuarbeiten²³⁷.

Die Angabe des Auflösungsgrundes ist nicht nötig²³⁸. Soweit die Kenntnis des Grundes aber für den Arbeitnehmer von Bedeutung ist, gebietet es die Fürsorgepflicht, dass der Arbeitgeber ihm diesen auf Verlangen mit-

236 SCHWEINGRUBER N 3e zu Art. 336 OR, LAG Frankfurt vom 16.1.1980 (DB 1980, 1700).

237 GRÜLL 100, BOLDT 266.

238 TRIPONIZ 39. Im Oktober 1980 lancierte der Christlich-nationale Gewerkschaftsbund (CNG) eine Volksinitiative. Verlangt wird in einem Art. 34 octies BV u.a. die schriftliche Begründung der Kündigung durch den Arbeitgeber.

teilt²³⁹. Es sind – mit anderen Worten – Situationen denkbar, in denen eine Kündigung sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Für solche Fälle bedarf es eines besonderen Schutzes²⁴⁰.

2. *Ausserordentliche Kündigung*

Im vertraglich begründeten Arbeitsverhältnis können persönlich oder sachlich bedingte Änderungen eintreten, die einer Partei die Fortsetzung der Beziehungen verunmöglichen. Die ausserordentliche Kündigung steht den Partnern als legales Mittel zur Verfügung, um solche Bindungen zu lösen²⁴¹.

Vereinbarungen, die das Recht auf die ausserordentliche Kündigung ausschliessen, sind unwirksam²⁴². Dies gilt sowohl für Anstellungsverträge auf bestimmte als auch auf unbestimmte Zeit. Auflösungsgrund ist entweder die Gefährdung der Lohnzahlung gemäss Art. 337a OR oder das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher ist nur anzunehmen, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR)²⁴³.

Nach Art. 337 OR hat der Richter nach seinem Ermessen²⁴⁴ zu bestimmen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, so dass es nicht sinnvoll ist, diesen in den Einzel- oder Gesamtarbeitsverträgen zu umschreiben. Der Richter ist an solche Klauseln nicht gebunden²⁴⁵. Er kann eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt ansehen, obwohl sie nach Vertrag ausgeschlossen sein soll. Sie ist jedenfalls immer dann unzulässig, wenn schonendere Mittel vorhanden sind²⁴⁶.

Das enge persönliche Verhältnis, das den leitenden Angestellten mit der Unternehmensleitung verbindet, ist nicht sehr belastungsfähig. Der Vertrauensschwund wird in den meisten Fällen eine weitere Zusammenar-

239 REHBINDER 98.
240 ORLANDO 198.
241 BRUNNER 23.
242 A.M. WIEGAND 80, der eine vertragliche Beschränkung insofern zulässt, als bestimmte Tatsachen als wichtige Gründe ausgeschlossen werden können. Dabei dürfen aber nicht so viele Tatsachen aufgezählt werden, dass für eine fristlose Kündigung praktisch nichts mehr übrig bleibt. Der Kerngehalt des Kündigungsrechts muss unangetastet bleiben.
243 SCHWEINGRUBER N 9 zu Art. 337 OR, BRÜHWILER 202, VISCHER 418.
244 ALTHERR 107.
245 BRUNNER 26, REHBINDER 105, Beispiele bei SCHWEINGRUBER N 10 zu Art. 337 OR, AppGer Basel-Stadt vom 21. 8. 1972 (BJM 1972, 236).
246 RAPP 171.

beit verunmöglichen. In der Praxis werden um so strengere Anforderungen an das Verhalten eines leitenden Mitarbeiters gestellt, je höher er auf der Stufenleiter der betrieblichen Hierarchie steht²⁴⁷. In diesem Sinn können Versäumnisse und Verfehlungen, die jedem anderen Arbeitnehmer verziehen werden, bei Führungskräften einen Grund zur fristlosen Entlassung darstellen, wenn das Vertrauen des Arbeitgebers ein für allemal erschüttert ist²⁴⁸.

Die ausserordentliche Kündigung kann einen leitenden Angestellten besonders empfindlich treffen. Sie hindert sein berufliches Fortkommen, weil oft eine Abneigung besteht, einen fristlos Entlassenen zu beschäftigen.

Ein schlechter Geschäftsgang rechtfertigt indessen keine ausserordentliche Kündigung, weil sonst das Betriebsrisiko²⁴⁹ in die Sphäre des Arbeitnehmers verschoben würde²⁵⁰. Art. 337c OR ist anwendbar; zusätzlich zu allfälligen rückständigen Lohnansprüchen kommen Forderungen aus der ungerechtfertigten Entlassung.

Wichtige Gründe, die zur sofortigen Auflösung des Arbeitsvertrages berechtigen, sind unter bestimmten Umständen auch zu bejahen, ohne dass den leitenden Angestellten ein Verschulden trifft. Er hat dann, trotz fristloser Entlassung, Anspruch auf volle Lohnentschädigung gemäss Art. 337b Abs. 2 OR²⁵¹.

Der wichtige Grund muss im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorliegen. Das sogenannte Nachschieben von Kündigungsgründen ist aber zulässig²⁵². Entdeckt der Kündigende später zusätzliche Gründe, kann er sich auch auf diese stützen, sofern sie zeitlich vor der Abgabe der Kündigungserklärung liegen²⁵³.

247 GAUL 163, 252, BRAND 102, BERG 34, BGE 104 II 29.

GIFT 123: Der Entzug der Prokura kann einen Grund zur ausserordentlichen Kündigung darstellen, wenn es dem leitenden Angestellten nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis ohne Vollmacht oder Titel fortzusetzen.

248 BOLDI 267; nach BGE 101 Ia 545ff. ist der Arbeitgeber – bei Missbrauch dieses Vertrauens – schon bei der ersten Verfehlung zur fristlosen Kündigung berechtigt.

249 SCHWEINGRUBER N 9 zu Art. 324 OR.

250 Zur Unterscheidung zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko: DÖNNER 20.

251 GewGer Basel-Stadt vom 16.2.1978: Eine Prokuristin war gleichzeitig Buchhalterin in einem anderen Unternehmen. Beide Firmen unterhielten freundschaftliche Geschäftsbeziehungen und billigten ausdrücklich die Doppelfunktion der Angestellten. Differenzen zwischen den beiden Firmeninhabern führten zum Bruch. Die fristlose Entlassung im einen Unternehmen war unvermeidlich, da die Angestellte in beiden eine Vertrauensstellung innehatte.

252 A.M. BRUNNER 104, der ein Recht des Kündigenden verneint, die Vertragsauflösung auf nachträglich bekannt gewordene Gründe zu stützen. Er hat vorsorglicherweise eine neue ausserordentliche Kündigung auszusprechen, falls die erste mangels wichtigen Grundes unwirksam ist.

253 REHBENDER 107, HOYNINGEN 281, BGE 92 II 186. Nach MÜLLER P. 60 ist allein entscheidend, ob die wichtigen Gründe zurzeit der Kündigungserklärung noch aktuell sind, d.h. die Unzumutbarkeit zur Weiterführung des Arbeitsvertrages immer noch besteht.

Besonders problematisch ist die fristlose Kündigung bei Anstellungsverträgen mit leitenden Angestellten, die in der Regel auf feste Dauer oder mit langer Kündigungszeit abgeschlossen werden. Hier neigt die Gerichtspraxis zu Unrecht dazu, an den wichtigen Grund geringere Anforderungen zu stellen, mit dem Argument, je länger die ordentliche Frist sei, desto eher sei dem Arbeitgeber eine Beschäftigung des Mitarbeiters bis zur Vertragsauflösung nicht mehr zuzumuten. Damit wird jedoch dem Sinn und Zweck langer Kündigungsfristen und fester Arbeitsverhältnisse, nämlich dem verbesserten Schutz des Arbeitnehmers, entgegengewirkt²⁵⁴.

3. *Widerrechtliche Kündigung*

Der Arbeitgeber hat häufig keine sichere Gewähr dafür, dass der Grund, aus dem er einen Arbeitnehmer fristlos entlässt, vom Richter auch als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR anerkannt wird. Die Unwirksamkeit der bloss vermeintlich berechtigten Kündigung oder ihre Umdeutung in eine ordentliche wird jedoch den tatsächlichen Verhältnissen nicht immer gerecht. Das OR regelt denn auch die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung gesondert in Art. 337c²⁵⁵.

Das Arbeitsverhältnis endet nur faktisch, nicht auch rechtlich. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf sein Gehalt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder der vereinbarten Vertragsdauer, sofern er sofort Widerspruch einlegt²⁵⁶. Der Anspruch entfällt, wenn er eine neue Stelle annimmt und keinen Lohnausfall erleidet. Er ist nach einem allgemeinen Grundsatz des Haftpflichtrechtes und einer speziellen Vorschrift im Arbeitsvertragsrecht (Art. 337c Abs. 2 OR) verpflichtet, zur Schadensminderung beizutragen. Immerhin ist bei der Annahme, ein fristlos entlassener leitender Angestellter hätte vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist eine gleichwertige Stelle finden können, eine gewisse Zurückhaltung am Platz²⁵⁷.

Auch der Arbeitnehmer kann den Vertrag ungerechtfertigt auflösen, indem er die Stelle vertragswidrig nicht antritt oder verlässt. Art. 337d OR entlastet den Arbeitgeber vom Schadensnachweis und spricht eine Pauschalentschädigung zu²⁵⁸. Die Beweislast wird ihm nur dann aufgebürdet, wenn er mehr als diesen Pauschalbetrag ersetzt haben will. Es ist hingegen Sache des Arbeitnehmers, zu beweisen, dass der tatsächliche Schaden niedriger ist²⁵⁹. Nach dem Gesetzeswortlaut ist es zwar ohne weiteres möglich,

254 BRUNNER 29; a.M. BGE 104 II 31, SCHWEINGRUBER N 8 zu Art. 337 OR.

255 SPOENDLIN 153.

256 MÜLLER P. 40, REHBINDER 108, BGE 103 II 274; a.M. SPOENDLIN 154, der nur die Lohnzahlungspflicht, nicht aber das Arbeitsverhältnis als Ganzes, weiterbestehen lässt.

257 GewGer Basel-Stadt vom 9.8.1979 in Rechenschaftsbericht 1979, 22.

258 REHBINDER 109.

259 Vgl. § 9.

ihn auch dann zur Zahlung des Lohnviertels zu verurteilen, wenn überhaupt kein Schaden entstanden ist. Die Praxis geht indessen davon aus, dass diese Regelung in erster Linie die Beweisschwierigkeiten des Arbeitgebers verringern soll. Ergibt sich, dass kein Schaden entstanden ist, soll jede Ersatzpflicht entfallen²⁶⁰.

Nach Art. 337d OR kann keine Konventionalstrafe, sondern höchstens Schadenersatz geltend gemacht werden. Die häufig in Gesamtarbeitsverträgen anzutreffende Strafe widerspricht den zwingenden Bestimmungen des Gesetzes. Nach Abs. 2 des erwähnten Artikels kann der Richter nämlich den zurückbehaltenen Lohnviertel herabsetzen, sofern dem Arbeitgeber aus dem ungerechtfertigten Verlassen oder Nichtantreten der Stelle ein geringerer Schaden entstanden ist.

4. *Druckkündigung*

Die Stellung des leitenden Angestellten bringt es mit sich, dass er Entscheidungen treffen und Massnahmen durchführen muss, die bei der Belegschaft unpopulär sind und ihn der Gefahr aussetzen, dass betriebsintern seine Versetzung oder Entlassung gefordert wird. In allen diesen Fällen hat sich der Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht grundsätzlich vor den leitenden Mitarbeiter zu stellen. Verlangt die Belegschaft trotzdem unter Androhung von Kampfmassnahmen die Entlassung, obwohl kein ausreichender Grund vorliegt, und kann der Arbeitgeber sie nicht davon abbringen, ist er ebenfalls zur Kündigung berechtigt²⁶¹. Vorher ist allerdings sorgfältig zu prüfen, ob nicht eine Versetzung möglich ist²⁶².

Entscheidend ist, ob der Unmut der Mitarbeiter den sachlichen, betrieblichen und organisatorischen Anforderungen oder dem persönlichen Verhalten des Vorgesetzten entspringt. So gesehen ist eine Druckkündigung jedenfalls dann ungerechtfertigt, wenn die unternehmerische Planung Stein des Anstosses ist. Es ist nur recht und billig, dass die Unternehmensleitung auch die Folgen ihrer Entscheidung trägt.

5. *Änderungskündigung*

Sie ist eine einseitige, gegenüber dem Partner ausgesprochene Willenserklärung, den Vertrag nur unter der Bedingung weiterzuführen, dass eine gleichzeitig postulierte Änderung des Vertragsinhaltes akzeptiert wird²⁶³.

260 RAPP 191.

261 REHBINDER 106, GIFT 124, WORM 49.

262 WIEGAND 72.

263 ZIMMERMANN W. 11, REHBINDER 98.

Rechtlich betrachtet wird mit der Kündigung alternativ die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten, deren Annahme oder Zurückweisung vom Willen des Empfängers der Erklärung abhängt. Die Änderungskündigung bezweckt nicht, den Vertrag aufzulösen, sondern ihn inhaltlich anzupassen. Sie ist aber als ernstgemeinte, echte Kündigung zu qualifizieren und erfasst das gesamte Arbeitsverhältnis²⁶⁴. Sie ist – mit anderen Worten – eine Spielart der ordentlichen Kündigung.

Es kommt in der Praxis häufig vor, dass die Geschäftsleitung bestimmte Punkte des Anstellungsvertrages eines leitenden Angestellten ändern möchte. Widersetzt sich dieser, bleibt der Firma nur die Möglichkeit, den Vertrag unter Einhaltung der ordentlichen Fristen zu kündigen und dem leitenden Angestellten gleichzeitig die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen anzubieten²⁶⁵.

Die Grossbetriebe gehen immer mehr zur kollektiven Behandlung der Anstellungsverträge von Führungskräften über. Die Arbeitsbedingungen werden zwar noch in einem Individualvertrag niedergelegt, doch akzeptiert der leitende Angestellte dabei ein typisiertes Angebot des Arbeitgebers, das nur innerhalb festgelegter Bandbreiten einen begrenzten Verhandlungsspielraum zulässt. Der leitende Angestellte befindet sich in einer besonders schwachen Position, wenn der Arbeitgeber eine Änderungskündigung ausspricht, um eine neue Einheitsregelung festzusetzen²⁶⁶.

IV. Kündigungsfristen

Die Parteien sind frei, im Rahmen der gesetzlichen Mindestvorschriften die Fristen für die Auflösung ihres Anstellungsvertrages zu bestimmen. Beide Vertragspartner sind in der Regel daran interessiert, geräumige Kündigungsfristen zu vereinbaren²⁶⁷. Der Unternehmer legt Wert darauf, bei der Besetzung von Kaderpositionen über genügend Zeit zur Einarbeitung eines Nachfolgers zu verfügen. Der leitende Angestellte möchte sich seinerseits in Ruhe nach einer seinen Qualifikationen entsprechenden Stellung umsehen.

Wenn man berücksichtigt, dass ein Grund zur fristlosen Entlassung auch vorliegen kann, ohne dass den betroffenen Mitarbeiter ein Verschulden trifft, erscheint es wünschenswert, diesem Personenkreis eine wirtschaftliche Absicherung für den Fall der Kündigung einzuräumen. Anstellungs-

264 ZIMMERMANN W. 76, 81.

265 GRÜLL 99, WIEGAND 82.

266 BAUSCH 25.

267 BARROT 144.

verträge mit leitenden Angestellten enthalten daher häufig Bestimmungen, die einerseits relativ lange Kündigungsfristen und andererseits Abfindungsansprüche ohne Nachweis eines Schadens vorsehen²⁶⁸. Unter diesen Gesichtspunkten sind Fristen von sechs Monaten durchaus üblich²⁶⁹.

Nicht immer in die gleiche Richtung gehen die Interessen der jüngeren Führungskräfte, denen vor allem in Zeiten der Hochkonjunktur an einer gewissen Mobilität gelegen ist²⁷⁰. Trotzdem kann man davon ausgehen, dass Anstellungsverträge mit leitenden Angestellten wesentlich längere Kündigungsfristen vorsehen als die übrigen Arbeitsverträge²⁷¹.

Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind in den Art. 336ff. OR geregelt. Hervorzuheben ist das Erfordernis gleicher Fristen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Eine widersprechende Abrede ist nicht nichtig; es gilt die längere Frist. Eine zwingende Mindestkündigungsvorschrift ist nur beim überjährigen Arbeitsverhältnis vorgeschrieben (Art. 336b OR).

Die fristlose Auflösung muss sofort nach Kenntnis des wichtigen Grundes geltend gemacht werden, denn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beweist, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht unter allen Umständen als unzumutbar erscheint. Eine kurze Bedenkzeit darf der kündigenden Partei zugestanden werden. Das Bundesgericht gewährt ihr sogar eine Entscheidung «innerhalb angemessener Frist»²⁷².

Fraglich ist, ob eine Vertragspartei, die zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt ist, auch – zum Beispiel aus sozialen Gründen – mit einer verkürzten Frist kündigen kann²⁷³. Voraussetzung für die fristlose Auflösung ist ein wichtiger Grund, der nur vorliegt, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist. Unzumutbarkeit ist aber zu verneinen, wenn die vermeintlich zur ausserordentlichen Kündigung berechtigte Partei von sich aus eine kürzere Frist gewährt. Gerade soziale Motive können eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar machen.

Dieses Problem stellt sich nicht, wenn die Anforderungen an die Unzumutbarkeit hoch angesetzt werden und das soziale Verhalten bereits

268 Vgl. die fortschrittliche Regelung des SKV, Nr. 11, wonach – nach zehnjähriger Firmenzugehörigkeit – die Höhe der Abgangsentschädigung 50% des letzten Jahresgehaltes beträgt und sich mit jedem weiteren Anstellungsjahr um 5% erhöht. Noch weiter geht GRÜLL, Schutzbedürftigkeit 39, der für den leitenden Angestellten eine wirtschaftliche Absicherung – gewissermassen als Polster – für die Dauer von zwei Jahren postuliert.

269 GAUL 163, 258, GIFT 115, WORM 47, BRAND 101, BOLDT 265.

270 Die Aussichten auf Verbesserungsmöglichkeiten bei einer anderen Firma stehen einer langfristigen Bindung gegenüber.

271 GRÜLL, Mobilität 6.

272 BGE 93 II 19.

273 REHBINDER 107, GIFT 122.

hier berücksichtigt wird und nicht erst bei den Folgen, in einem Zeitpunkt also, da die Unzumutbarkeit bereits bejaht wurde²⁷⁴.

Gesamthaft betrachtet wird man wohl der Situation des leitenden Angestellten am ehesten gerecht, wenn man einerseits vertraglich lange Kündigungsfristen festlegt, andererseits aber eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen schon sehr viel schneller bejaht, und zwar schon aus einem Anlass, der die Entlassung eines anderen Arbeitnehmers noch lange nicht rechtfertigen würde.

V. *Kündigungsschutz*

Jeder Arbeitnehmer muss den Verlust des Arbeitsplatzes irgendwie einkalkulieren. Die Konsequenzen sind für den leitenden Angestellten besonders einschneidend, weil er nach den Erfahrungen der Praxis nicht damit rechnen kann, kurzfristig eine gleichwertige Stellung zu erhalten²⁷⁵.

Das Recht zur ordentlichen Vertragsauflösung wird durch verschiedene Vorschriften im Interesse beider Parteien beschränkt. Dadurch erhält das Arbeitsverhältnis einen gewissen Bestandesschutz²⁷⁶. Richtig betrachtet kann aber wohl nur bei den zeitlichen Kündigungsbeschränkungen von einem eigentlichen Bestandesschutz gesprochen werden; die sachlichen Vorschriften mildern lediglich die wirtschaftlichen Nachteile der Kündigung.

Die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen sind in Art. 336e, die sachlichen in Art. 336g OR geregelt. Gesetzgeberisches Motiv ist die Interessenwahrung des schwächeren Vertragspartners. Wer aber schutzbedürftig ist, hängt von Angebot und Nachfrage am Arbeitsmarkt ab. Der sozial schwächere Arbeitnehmer braucht nicht immer auch schwächere Vertragspartei zu sein.

Der deutsche Gesetzgeber schützt demgegenüber einseitig die Interessen des Arbeitnehmers. Sein Kündigungsrecht bleibt uneingeschränkt. Der Kündigungsschutz wird zum Arbeitnehmerschutz²⁷⁷. Gegen die ordentliche Vertragsauflösung ist der Arbeitnehmer durch das Kündigungsschutzgesetz in der Fassung des ersten Arbeitsbereinigungsgesetzes vom 14. 8. 1969 geschützt. Die gesetzliche Regelung gilt grundsätzlich auch für leitende Angestellte, sofern sie nicht nach § 14 ausdrücklich ausgeschlossen werden²⁷⁸.

274 Ähnlich WIEGAND 81, der eine Weiterbeschäftigung aus sozialen Gründen zwar für vertretbar hält. Allerdings sei die Härte nicht zu vermeiden, weil es zwischen der ordentlichen und der fristlosen keine «ausserordentlich befristete Kündigung», etwa aus einem weniger wichtigen Grund gebe. Diese müsste schon durch den Gesetzgeber eingeführt werden.

275 GRÜLL, Schutzbedürftigkeit 39.

276 REHBINDER 101.

277 BRUNNER 19.

278 WIEGAND 70, BOLDT, ZAS 4.

Von besonderer Bedeutung für den leitenden Angestellten ist die Bestimmung des Art. 336f OR, denn gerade seine Kündigung kann ebenfalls zur Unzeit erfolgen. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn auf Arbeitgeberseite eine zeitliche Kündigungsbeschränkung vorliegt und der leitende Angestellte diese Funktionen zu übernehmen hat.

Der Kündigungsschutz setzt voraus, dass der Arbeitgeber oder ein Vorgesetzter verhindert ist, seine Tätigkeit auszuüben. Vorgesetzter ist jeder, der ein arbeitsvertragliches Weisungsrecht hat²⁷⁹. Die Bestimmung soll verhindern, dass der Betrieb durch die Kündigung lahmgelegt wird.

Betriebliche Schwierigkeiten können sich allerdings auch ergeben, wenn ein gleichgeordneter Mitarbeiter ausfällt. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Unterteilung ausdrücken, dass es um leitende Tätigkeiten gehen muss und nicht um irgendwelche subalternen Arbeiten. Die Kündigung ist während der gleichen Sperrfrist unzulässig wie diejenige des Arbeitgebers²⁸⁰.

Der leitende Angestellte muss nicht nur zur Vertretung geeignet, sondern auch vertraglich dazu verpflichtet sein. Diese beiden Voraussetzungen genügen jedoch dann nicht, wenn dem Arbeitgeber aus der Kündigung dennoch kein Nachteil erwächst, weil ein oder mehrere Mitarbeiter in unkündigter Stellung in der Lage sind, die vakante Position einzunehmen²⁸¹.

Die Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit sind nach Art. 361 OR absolut zwingender Natur. Die Normen sind jedoch nicht in jeder Hinsicht unabänderlich. Da es sich um paritätische Bestimmungen handelt, die sowohl den Schutz des Arbeitnehmers als auch denjenigen des Arbeitgebers bezwecken, wirkt sich eine Ausdehnung oft zugunsten beider Parteien aus und ist demzufolge zulässig²⁸². Die Unterteilung in relativ respektive absolut zwingende Normen ist insofern ungenau, als unter Umständen auch von einer in Art. 361 OR aufgeführten Bestimmung abgewichen werden kann²⁸³.

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht kennt nur eine einzige sachliche Kündigungsbeschränkung, nämlich diejenige wegen Militär- oder Zivildienstes gemäss Art. 336g OR. Die Kündigung ist, im Gegensatz zur Kündigung zur Unzeit, gültig. Der Vertragspartner hat aber das Recht, Einspruch zu erheben und einen Entschädigungsanspruch innert bestimmter Frist geltend zu machen. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist

279 HÜBER 39, 95, STAMM 40.

280 REHBINDER 102, SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 336f OR; a.M. GEISER 62, der dem Arbeitnehmer das Recht zur sofortigen Kündigung zuspricht, ohne die Sperrfrist abwarten zu müssen.

281 GEISER 63.

282 STREIFF 236.

283 STREIFF 236; DANTHOFFER 28 schlägt daher als Sammelbegriff für alle unter Art. 361 OR fallenden Bestimmungen «zweiseitig zwingende Normen» vor, um sie von den absolut zwingenden, schlechthin unabänderlichen, zu unterscheiden.

gering, weil in der Regel kein Begründungszwang besteht. Der wirkliche Grund ist meistens nicht nachweisbar²⁸⁴.

Wenn auch andere sachliche Kündigungsbeschränkungen nicht gesetzlich geregelt sind, bieten sich trotzdem Möglichkeiten an, die Interessen der Vertragspartei, der gekündigt wird, zu schützen. Der Rechtsprechung bleibt vorbehalten, Art. 336g OR auf dem Wege der Analogie auf verwandte Fälle anzuwenden²⁸⁵.

Der gesetzliche Schutz kann auf vertraglicher Basis erheblich erweitert werden, und zwar so weit, dass eine ordentliche Kündigung nicht mehr ausgesprochen werden darf, das Arbeitsverhältnis demzufolge auf Lebenszeit besteht. Vor allem in Deutschland werden oft Verträge mit leitenden Angestellten abgeschlossen, die zum vorneherein die ordentliche Kündigung mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses einschränken oder ganz ausschliessen. Die fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen bleibt selbstverständlich vorbehalten.

Eine solche vertragliche Vereinbarung findet ihre Grenze bei Betriebsveräusserungen, handelt es sich doch um eine schuldrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, die der Erwerber grundsätzlich nicht übernehmen muss. Dem leitenden Angestellten verbleiben Erfüllungsansprüche und gegebenenfalls Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber²⁸⁶.

VI. *Suspendierung des leitenden Angestellten*

Häufig stellt die Geschäftsleitung den leitenden Angestellten vom Zeitpunkt der Kündigungserklärung an frei von jeder weiteren Tätigkeit bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses, selbstverständlich bei voller Gehaltszahlung²⁸⁷. Aus rechtlicher Sicht liegt noch keine Auflösung des Anstellungsvertrages vor, sondern nur die Erklärung des Arbeitgebers, auf die Dienste des leitenden Angestellten zu verzichten²⁸⁸.

Eine solche Beurlaubung eines Mitarbeiters bewirkt in der Regel eine für beide Vertragsteile unbefriedigende Situation. Einerseits ist der betroffene leitende Angestellte wider seinen Willen zur Untätigkeit verurteilt, andererseits bleibt das Unternehmen zu laufenden Zahlungen verpflichtet, ohne eine Gegenleistung zu erhalten.

284 REHBINDER 104, ORLANDO 198, SPOENDLIN 147.

285 REHBINDER 103, ORLANDO 200; a.M. SPOENDLIN 143.

286 WIEGAND 78.

287 GRÜLL 37: Der Suspendierung steht vor allem bei leitenden Angestellten der Anspruch auf Beschäftigung entgegen.

288 MÜLLER G. 271 unterscheidet zwischen Suspendierung und Freistellung, wobei er von der Nichtbeschäftigung als Oberbegriff ausgeht. Bei der Suspendierung wird dem leitenden Angestellten zusätzlich ein Betriebsverbot auferlegt.

Der leitende Angestellte muss sich nicht anrechnen lassen, was er inzwischen anderweitig verdient hat. Art. 321a Abs. 3 OR verpflichtet ihn zwar, jeder anderen Erwerbstätigkeit zu entsagen. Verzichtet der Arbeitgeber aber auf jede weitere Dienstleistung, entfällt sein Interesse und die daraus abgeleitete Treuepflicht des Mitarbeiters. Es liegt kein Verstoss gegen Art. 324 Abs. 2 OR vor²⁸⁹.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung ist ebenfalls zu verneinen. Der Arbeitgeber verzichtet freiwillig und vorbehaltlos auf eine Gegenleistung für seine Lohnzahlungen.

5. Kapitel: Sondernormen ausserhalb des Anstellungsvertrages

§ 12 Allgemeine Grundsätze

Die Parteien können den Inhalt des Anstellungsvertrages innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei festlegen. Der grösste Teil der Auseinandersetzungen zwischen Unternehmensleitung und Führungskräften ist auf unklare oder zu wenig ausführliche Vereinbarungen zurückzuführen. Es empfiehlt sich daher, möglichst viele der in § 10 besprochenen Punkte auch in die Arbeitsverträge derjenigen leitenden Angestellten aufzunehmen, die nicht zur obersten Führungsschicht gehören.

Es sind nun aber Tatbestände denkbar, die nicht in die einzelnen Anstellungsverträge gehören. Zu unterscheiden sind:

- Tatbestände, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht aktuell sind, weil sich die Parteien in erster Linie mit der vertraglichen Zusammenarbeit befassen. Es handelt sich denn auch ausschliesslich um Fragen, die die Auflösung des Arbeitsvertrages betreffen.

- Tatbestände, die gesetzlich bereits eingehend geregelt oder durch die Praxis herausgebildet worden sind. Relevant ist die Frage, ob diese Grundsätze für die leitenden Angestellten vorbehaltlos übernommen werden können.

§ 13 Die Bestimmungen im einzelnen

I. Betriebsnachfolge

1. Problematik

Für die Übertragung eines Betriebes sind immer zwei Verträge notwendig: Der Veräusserungsvertrag und der Übernahmevertrag für die Arbeitsverhältnisse (Art. 333 OR). Der Erwerber ist in der Regel nicht verpflichtet, in die bestehenden Verhältnisse einzutreten. Eine Ausnahme liegt nur vor in den Fällen der Universalsukzession. Sie ist von Gesetzes wegen angeordnet bei der Erbfolge, der Gütergemeinschaft und bei verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Tatbeständen.

In allen übrigen Fällen können die Arbeitsverträge nur rechtsgeschäftlich übernommen werden. Hat sich aber der Erwerber dem Veräusserer gegenüber mit der Übernahme einverstanden erklärt, dann gehen die Ar-

beitsverhältnisse ohne weiteres mit der Betriebsnachfolge über, sofern der Arbeitnehmer zustimmt.

Der Betriebsübergang berührt die Stellung des Arbeitnehmers nur, wenn die bestehenden Verträge nicht übernommen werden. Auf der einen Seite erleidet er schwerwiegende Nachteile wirtschaftlicher Natur aus dem Verlust des Arbeitsplatzes, der Stellensuche und der zeitweiligen Arbeitslosigkeit. Andererseits verliert er Ansprüche, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig sind.¹

Die Arbeitsverhältnisse leitender Angestellter werden meistens nicht übernommen, weil das persönliche Vertrauensverhältnis nicht ohne weiteres auf den Nachfolger übertragen werden kann. Das Vertrauen ist aber aus diesen Vertragsverhältnissen nicht wegzudenken².

Der Betriebsübergang berührt den leitenden Angestellten in der Regel stärker als das übrige Personal und gefährdet häufig sein berufliches Fortkommen³. Besteht kein persönliches Verhältnis zwischen ihm und dem neuen Inhaber, wird der Arbeitsvertrag in der Praxis kaum aufrechterhalten⁴. Eine solche Regelung begünstigt andererseits die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers. Er kann die Schlüsselpositionen des Unternehmens sofort mit Führungskräften seines Vertrauens besetzen⁵.

Die Anstellungsverhältnisse der Führungskräfte bleiben bis zur ordnungsgemässen Beendigung mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen. Dieser kommt in Annahmeverzug, wenn die Arbeit infolge Betriebsüberganges nicht mehr geleistet werden kann (Art. 324 OR)⁶. Dem leitenden Angestellten verbleibt auf diese Weise immerhin eine gewisse Zeit, um eine neue Stellung zu finden, da die vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen in jedem Fall eingehalten werden müssen⁷. Der bisherige Betriebsinhaber behält seine Arbeitgeberstellung in vollem Umfang. Er ist nicht zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt, weil er die Unmöglichkeit, den leitenden Angestellten weiterhin zu beschäftigen, nach der Sphärentheorie selbst zu vertreten hat⁸.

1 KNUS 43, SCHWEINGRUBER N 3 zu Art. 333 OR, REHBINDER 94.

2 WIEGAND 59.

3 GRÜLL/KLEINE 311, SKV Nr. 13. Nach MEENZEN 49 sind als häufigste Gründe für die Entlassung leitender Angestellter zu nennen: Änderungen in den Besitzesverhältnissen, Konzentrationen und Fusionen.

4 LEFKI 527. BAGE vom 18. 2. 1960 (BB 1960, 592): Das aus dem Arbeitsverhältnis eines leitenden Angestellten fließende personale Element ist so stark, dass ein Betriebsinhaberwechsel nicht der Anlass sein kann, die Arbeitgeberseite automatisch auszuwechseln.

5 KNUS 54, WORM 60.

6 REHBINDER 93f.

7 GRÜLL/KLEINE 312, GIFT 39.

8 WORM 60.

Wie ein Blick über die Grenzen zeigt, hat das BAG vor Inkrafttreten des neuen Betriebsverfassungsgesetzes in ständiger Rechtsprechung einen automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses leitender Angestellter auf den Erwerber abgelehnt⁹. Die abweichenden Auffassungen in der neueren deutschen Literatur sind beeinflusst durch den § 613a BGB, der durch § 122 BetrVerfG eingeführt worden ist. Trotzdem bezweifelt SÄCKER auch heute, dass Arbeitsverträge von leitenden Angestellten ohne weiteres auf den neuen Betriebsinhaber übergehen¹⁰.

2. *Betriebsübergang und Konkurrenzverbot*

Art. 333 Abs. 1 OR bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, wenn der bisherige Arbeitgeber ihm den Betrieb überträgt und die Übernahme der Anstellungsverträge verabredet wird. Mit der Forderung gehen nach Art. 170 Abs. 1 OR auch alle Nebenrechte über, sofern sie nicht untrennbar mit der Person des Veräusserers verknüpft sind. Das Konkurrenzverbot ist grundsätzlich mit dem Unternehmen und nicht mit dessen Inhaber persönlich verbunden¹¹.

Falls der Erwerber des Betriebes das Arbeitsverhältnis nicht übernimmt, bleibt die Konkurrenzklausel gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber bestehen, sofern dessen berechtigtes Interesse nicht weggefallen ist. Lehnt aber der leitende Angestellte den Übergang ab, wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst. Das Konkurrenzverbot bleibt nach Art. 340c Abs. 2 OR zugunsten des Erwerbers bestehen, weil der Angestellte kündigt, ohne dass ihm der Arbeitgeber einen selbst zu verantwortenden Anlass bietet. Vorbehalten bleibt, dass der neue Inhaber oder die dem Mitarbeiter zugedachte Funktion unzumutbar sind¹².

II *Erfindungen und Verbesserungsvorschläge*

Der Arbeitgeber erhält aus dem Arbeitsvertrag ein Recht auf Arbeitsleistung, durch die neue Gegenstände geschaffen werden, an denen neue absolute Rechte entstehen¹³. Nach Art. 726 ZGB wird derjenige, der fremde bewegliche Sachen verarbeitet, Eigentümer der neuen Sache.

9 GITTER 70.

10 SÄCKER 1201.

11 HAEFLIGER 43 und die dort zitierte Literatur, GRÜLL, Konkurrenzklausel 52. Diese Auffassung ist allerdings nicht unbestritten. Nach WIEGAND 89 dient das Wettbewerbsverbot ausschliesslich den wirtschaftlichen Interessen des bisherigen Arbeitgebers und ist bei einer Betriebsveräusserung für den leitenden Angestellten nicht mehr verbindlich.

12 HAEFLIGER 43.

13 REHBINDER 90.

Es wäre aber unbillig, dem Arbeitnehmer das Eigentum zuzusprechen, weil er auf Kosten seines Arbeitgebers und damit ohne wirtschaftliches Risiko tätig wird. Art. 726 ZGB wird mit Hilfe eines Rechts am Arbeitsergebnis dahingehend ausgelegt, dass der Arbeitgeber Eigentümer der im Rahmen des Arbeitsverhältnisses neu geschaffenen Sache wird. Er ist der «Urheber» der neuen Sache, deshalb wird auch ihm die Verarbeitung zugeschrieben¹⁴.

Die Erfindung ist demgegenüber eine persönliche, geistige Schöpfung. Nach Art. 3 PatG steht das Patent dem Erfinder, seinem Rechtsnachfolger oder einem Dritten zu, welchem die Erfindung aus einem anderen Grund gehört. Diese Formulierung verdeckt die Tatsache, dass der weitaus grösste Teil der zur Patentierung angemeldeten Gegenstände Angestellten-erfindungen sind¹⁵.

Persönlichkeitsrechte stehen Rechten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber. Das OR regelt die Erfindungen in Art. 332. Es gilt zu unterscheiden zwischen Dienst-erfindungen (in Ausübung einer dienstlichen Pflicht), Gelegenheits-erfindungen (in Ausübung der dienstlichen Tätigkeit, aber nicht aufgrund einer Dienstpflicht) und freien Erfindungen (ausserhalb jeglicher dienstlicher Pflicht und Tätigkeit). Ein Interesse des Arbeitgebers besteht bei der letztgenannten Gruppe nur dann, wenn der Arbeitnehmer deren Verwertung wider Treu und Glauben der Konkurrenz überlässt¹⁶.

Dienst-erfindungen gehören immer dem Arbeitgeber, unabhängig davon, ob sie schutzfähig sind oder nicht, denn beide können verwertet werden¹⁷. Das deutsche Gesetz über Arbeitnehmer-erfindungen umfasst dementsprechend auch die technischen Verbesserungsvorschläge¹⁸ und versteht darunter sonstige technische Neuerungen, die nicht patent- oder gebrauchsmusterfähig sind (§ 3 ArbNErfG)¹⁹. Den Gegensatz dazu bilden die Vorschläge nicht technischer Natur in Verwaltung, Organisation, Werbung usw. Sie fallen nicht unter dieses Gesetz²⁰. Der Arbeitnehmer erwirbt indessen

14 REHBINDER, Arbeitsergebnis 6. RICHER 178: Der Arbeitnehmer stellt seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zum freien Einsatz zur Verfügung. Der Wert der dabei erbrachten Tätigkeit kommt vollumfänglich dem Arbeitgeber zugute. Darin liegt der Ausgleich für Lohnzahlung, Sozialleistungen, Bereitstellung des Arbeitsplatzes und für das Tragen des Betriebsrisikos.

15 REHBINDER, Arbeitsergebnis 2, 8: Die Aufzählung des Art. 3 PatG hätte – überspitzt formuliert – nicht den Erfinder, sondern den Dritten, nämlich den Arbeitgeber, an erster Stelle nennen müssen.

16 Vgl. die Unterscheidungsmerkmale sowie die Abgrenzung gegenüber anderen Immaterialgüterrechten bei REHBINDER 91.

17 STREIFF 113, KRAYER 177a.

18 KREMnitz 3.

19 KREMnitz 7.

20 GRÜLL/KLEINE 250.

auch bei technischen Verbesserungsvorschlägen einen der Erfindervergütung entsprechenden Anspruch nur dann, wenn der Arbeitgeber eine monopolartige Position innehat (§ 20 ArbNErfG)²¹.

Bei Gelegenheitserfindungen, die durch eine entsprechende Klausel abgetreten worden sind, entsteht das Recht in der Person des Erwerbstätigen und geht aufgrund des Anstellungsvertrages auf den Arbeitgeber über. Eine Sonderleistung liegt vor, weil die Erfindung nicht als Folge einer arbeitsrechtlichen Verpflichtung entstanden ist²².

Der leitende Angestellte ist, seiner Stellung entsprechend, in besonderem Mass dazu berufen, seine individuelle, schöpferische Leistung in den Dienst des Unternehmens zu stellen. Ein hoher Prozentsatz aller Arbeitnehmererfindungen ist denn auch diesem Personenkreis zuzuschreiben²³.

Gerade bei Führungskräften ist allerdings die Grenzlinie zwischen dem Aufgabenbereich im Sinne der Stellenbeschreibung und der prämiensfähigen Sonderleistung nicht immer eindeutig zu ziehen. Der Arbeitgeber neigt dazu, Erfindungen des leitenden Angestellten als Bestandteil seiner Leistung zu betrachten und sie überhaupt nicht oder nur in geringem Umfang zu honorieren²⁴. In der Praxis kommen deshalb Auseinandersetzungen um Erfindervergütungen recht häufig vor²⁵.

Ein Beispiel aus der Praxis vermag die Situation zu verdeutlichen. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass bei einem technischen Betriebsleiter, der zum Verwaltungsratsmitglied auf Lebenszeit gewählt wurde, vermutet werden könne, es gehöre zu seinem Pflichtenkreis, seine frühere Erfindertätigkeit fortzusetzen²⁶. Entscheidend ist aber in erster Linie, ob es sich um eine Dienst- oder eine Gelegenheitserfindung handelt. Die Antwort ergibt sich einerseits aus dem Anstellungsvertrag des leitenden Angestellten, der sich verpflichtet, seine Kräfte, Kenntnisse und Erfahrungen ausschliesslich in den Dienst des Betriebes zu stellen, und andererseits aus dem Geschäftszweck. Dieser nennt im vorliegenden Fall – ausser der Herstellung und dem Verkauf eines bestimmten Produktes – ausdrücklich die Entwicklung und Verwertung von weiteren Patenten.

Der leitende Angestellte hat Anspruch darauf, namentlich gewürdigt und – bei Gelegenheitserfindungen – angemessen entschädigt zu werden, sofern der Arbeitgeber sein Recht auf vollständige oder teilweise Abtre-

21 GAUL 198.

22 KRAYER 177a, REHBINDER, Arbeitsergebnis 10.

23 WORM 38, GOOSSENS 136, BRAND 103, GRÜLL, Sonderdruck 20.

24 So auch BRAND 106, obwohl sich Art. 332 an Art. 343 aOR anlehnt und nur die Verhältnisse in formeller Hinsicht klärt.

25 GOOSSENS 137, GRÜLL 77.

26 BGE 100 IV 168.

tung gemäss Art. 332 Abs. 3 OR innert sechs Monaten schriftlich geltend macht²⁷.

Die Vergütung richtet sich nach dem wirtschaftlichen Wert der Erfindung, dem Umfang der Mitwirkung des Arbeitgebers und seiner Hilfspersonen und der Inanspruchnahme seiner betrieblichen Einrichtungen (Art. 332 Abs. 4 OR). Sie verringert sich beim leitenden Angestellten insofern, als dieser Einblick in die Fabrikation und die Entwicklung des Betriebes hat und von ihm aufgrund seiner Stellung und dem vereinbarten Gehalt erwartet werden darf, dass er am technischen Fortschritt des Unternehmens mitwirkt.

Die Arbeitsgerichte sind zuständig für die Streitigkeiten über Erfinderschädigung. Gemäss § 13 Abs. 2 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes sind die Parteien jedoch berechtigt, arbeitsrechtliche Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte zu bringen. Nach bewährter Lehre und Rechtsprechung sind darunter nur die allgemein zuständigen Bezirksgerichte zu verstehen, jedoch nicht das Handelsgericht als sogenanntes Sondergericht²⁸.

III. *Haftung und Verantwortlichkeit*²⁹

1. *Haftung gegenüber dem Arbeitgeber*

Art. 321e OR regelt in Abs. 1 die Haftung des Arbeitnehmers bei Pflichtverletzungen und in Abs. 2 das Mass der Sorgfalt, für die er einzustehen hat. Der Arbeitgeber hat lediglich den Schaden nachzuweisen. Diese Regelung kann nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (Art. 362 OR). Seine Haftung darf wohl eingeschränkt³⁰, nicht aber ausgedehnt werden. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach den Erfordernissen des konkreten Arbeitsverhältnisses³¹ und – als Sonderfall des Mitverschuldens – nach den persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften³², soweit

27 REHBINDER 91.

28 HanGer Zürich vom 5. 12. 1977 (SJZ 1978, 95).

29 SCHMIDT 1: Die Verantwortlichkeit ist die anspruchsbegründende Tatsache. Die Haftung ist demgegenüber die Verpflichtung zur Wiedergutmachung des erlittenen Schadens und in diesem Sinn die Wirkung der Verantwortlichkeit.

30 Durch Abrede kann allerdings wegen Art. 100 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 101 Abs. 3 OR nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden. Andererseits ist die Vereinbarung einer strengeren Haftung, z. B. einer Zufallshaftung, ausgeschlossen.

31 Nach ATTHER 45 bildet das konkrete Arbeitsverhältnis den Ausgangspunkt für die Festlegung des Sorgfaltsmassstabes, da nicht jede Tätigkeit die gleiche Aufmerksamkeit erfordert.

32 GewGer Basel-Stadt vom 1. 4. 1974 (BJM 1975, 231).

sie der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen³³. In der Praxis wird der Arbeitnehmer, obwohl verantwortlich, häufig nur für einen Teil des Schadens haftbar gemacht, wenn nicht ein erhebliches Verschulden vorliegt³⁴.

Führungskräfte sind für Fehler, die ihnen in ihrem Aufgabenbereich unterlaufen, haftbar und schadenersatzpflichtig wie jeder Arbeitnehmer. Die Frage nach dem Umfang der Haftung hat aber bei ihnen besondere Bedeutung, weil sie im allgemeinen Entscheidungen von grösserer Tragweite zu treffen haben³⁵.

Es ist für den leitenden Angestellten typisch, dass er sich für die ihm anvertrauten Aufgaben verantwortlich fühlt. Der Umfang dieser Verantwortlichkeit ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen, der ausgeübten Funktion und der Vertretungsbefugnis, mit der ihn das Unternehmen ausstattet.

Er übt in der Praxis namentlich eine gewisse Kontrollpflicht hinsichtlich der Tätigkeit der ihm unterstellten Mitarbeiter aus. Im Unterlassungsfall wird er dem Unternehmen gegenüber schadenersatzpflichtig. Die Haftung ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn im Verantwortungsbe- reich eines leitenden Angestellten Unregelmässigkeiten vorkommen, die bei genügender Kontrolle hätten verhindert werden können³⁶.

Ein Mitverschulden des Arbeitgebers liegt vor, wenn der leitende Angestellte ihn mehrmals darauf hingewiesen hat, dass er, zum Beispiel wegen Personalknappheit, nicht für die ordnungsgemässe Abwicklung der ihm übertragenen Aufgaben eintreten könne³⁷. Im Streitfall kann er sich ausserdem entlasten, indem er nachweist, dass er die erteilten Anordnungen überwacht hat³⁸.

Die besonderen Entscheidungskompetenzen der Führungskräfte führen in der Regel zu einer erhöhten Verantwortlichkeit, die jedoch nur so weit geht, als sie keine wirtschaftlichen Risiken³⁹ eingehen müssen. Die Übernahme dieser Risiken unterscheidet den Selbständigen vom Arbeitnehmer⁴⁰. Der leitende Angestellte darf nicht in die Rolle des Unternehmers ge-

33 REHBINDER 54, Beispiele bei SCHWEINGRUBER N 2 zu Art. 321e OR, STREIF 40, GewGer Basel-Stadt vom 27.8.1973 (BJM 1974, 254).

34 SCHWEINGRUBER N 3 zu Art. 321e OR. GewGer Basel-Stadt vom 13.5.1974 (BJM 1975, 232): Für vorsätzliche Schädigung hat der Arbeitnehmer voll einzustehen.

35 GIFT 93.

36 SUDHOFF 98, GRÜLL, Sonderdruck 11.

37 GIFT 94.

38 ArbGer Bern vom 31.1.1977 in Jahresbericht 1977, 9.

39 DÜNNER 25, HEUSS 56: Beim Wirtschaftsrisiko liegt die Störung ausserhalb des Betriebes.

40 Nach DÜNNER 118 ist das wirtschaftliche Risiko wie das Betriebsrisiko grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragen.

drängt werden⁴¹. Er schuldet lediglich die vereinbarte Arbeitsleistung; eine Gewährleistungspflicht für den Erfolg trifft ihn nicht⁴². Die in der Praxis geläufige Erklärung, beispielsweise eines Krisenmanagers, dass ein Erfolg garantiert eintreten werde, ist Ausdruck einer bestimmten Situationsbeurteilung und nicht Übernahme einer Erfolgshaftung⁴³.

2. *Haftung gegenüber den anderen Arbeitnehmern*

Vertragliche Beziehungen zwischen dem leitenden Angestellten und den übrigen Mitarbeitern bestehen nicht⁴⁴. Er haftet daher den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern nur nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 41ff. OR.

3. *Schadensgeneigte Arbeit*

Eine Beschränkung oder sogar ein Ausschluss der Haftung ist anzunehmen bei Tätigkeiten, die es mit sich bringen, dass auch dem gewissenhaften Arbeitnehmer Fehler unterlaufen können⁴⁵, die zwar vermeidbar sind, mit denen aber erfahrungsgemäss und aufgrund der menschlichen Unzulänglichkeit zu rechnen ist⁴⁶. Das besondere Risiko liegt darin, dass

– entweder die Tätigkeit selber ihrer Art nach Schäden verursachen kann

– oder die konkrete Situation, in der die Arbeit zu verrichten ist, aussergewöhnliche Risiken in sich birgt⁴⁷.

Zu einer zweiten Kategorie zählen alle Fälle mit gewöhnlicher Schadensneigung, bei denen aber schon aufgrund leichtester Fahrlässigkeit ein unverhältnismässig hoher Schaden verursacht werden kann⁴⁸.

Die deutsche Gerichtspraxis hat die Haftungsverhältnisse schematisiert. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG⁴⁹ ergeben sich folgende Grundsätze:

41 In diese Richtung weist aber bereits der Vorschlag von GRÄTZ 181, dass der leitende Angestellte bei ungünstigen Ertragssituationen eine Reduktion seiner Gesamtbezüge in Kauf nehmen muss.

42 A. M. HÜBER 37, 40, DÖRR 168, die eine eigene Verantwortlichkeit für den leitenden Angestellten annehmen, allerdings ohne nähere Begründung.

43 WIEGAND 61, GIFT 91.

44 Es sei denn, die Schutzwirkung für Dritte werde vertraglich festgelegt.

45 ATTHERR 47 spricht von ständig komplizierter werdenden Betriebsanlagen, die vom Arbeitnehmer immer mehr an Wissen, Sorgfalt und Aufmerksamkeit verlangen.

46 DÖRING 23ff., ALTHERR 51.

47 MEIER K. 43, DÖRING 98. GIFT nennt als Beispiele: Besondere Anforderungen an fachliches Können, Geschicklichkeit, Nervenkraft usw. im ersten Fall und aussergewöhnlicher Zeitdruck, Handeln in akuter Gefahrensituation, Arbeitsüberlastung usw. im zweiten Fall.

48 GAUL 213.

49 Diese Bemessung darf nach SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 321e OR für schweizerische Verhältnisse übernommen werden.

– Schäden, die ein Arbeitnehmer grobfahrlässig⁵⁰ verursacht, muss er in der Regel allein tragen⁵¹.

– Schäden, die er nicht grobfahrlässig verursacht, sind zwischen ihm und dem Arbeitgeber zu teilen, wobei Schadensanlass und -folgen nach Billigkeit und Zumutbarkeit gegeneinander abzuwägen sind⁵².

– Bei geringer Schuld des Arbeitnehmers wird in aller Regel der Arbeitgeber den Schaden zu tragen haben, weil die in der Tätigkeit begründete besondere Schadensneigung ausschlaggebend ist.

Die Frage nach der Übernahme dieser Grundsätze auf die Tätigkeit des leitenden Angestellten ist deshalb berechtigt, weil der Verantwortungsbereich des leitenden Personals äusserst umfangreich ist und bereits eine einzige Fehlentscheidung dem Arbeitgeber grosse finanzielle Verluste bringen kann.

Es liegt zwar im Wesen der leitenden Tätigkeit, dass sie mit einer über das allgemeine Mass hinausgehenden Verantwortung verbunden ist⁵³. In diesem Sinn ist jede Funktion schadens- oder gefahrgeneigt. Die in der Literatur vertretene Auffassung, dass die Haftungsreduktion bei Führungskräften ausgeschlossen sei, weil diese eingesetzt seien, um Verantwortung zu tragen, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Die Bezüge eines leitenden Angestellten sind, auch wenn sie den üblichen Rahmen übersteigen, nicht dazu bestimmt, weitreichende Haftungsfolgen abzudecken⁵⁴.

Bei einer schadensgeneigten Tätigkeit des leitenden Angestellten ist bei schuldhafter Vertragsverletzung wie bei anderen Arbeitnehmern eine reduzierte Haftung zu rechtfertigen⁵⁵. Entsprechendes muss gelten, wenn die Tätigkeit, ohne besonders schadensanfällig zu sein, einen ausserordentlich hohen Schaden begründen kann⁵⁶.

Falls man – mit einem Teil der in der Literatur vertretenen Auffassungen⁵⁷ – die Haftungsreduktion bei leitenden Angestellten verneint, wird man eine kreative Einstellung, die notwendige Entscheidungsfreudigkeit, das Improvisationsvermögen und die Bereitschaft, auch in kritischen Situationen schnelle Entscheidungen zu treffen, völlig lahmlegen⁵⁸.

50 GRÜLL, Taschenbuch 17.

51 Vgl. aber die Tendenz der Rechtsprechung von BAG und BGH, selbst im Bereich der groben Fahrlässigkeit die Haftung des Arbeitnehmers einzuschränken; zitiert bei DÖRING 116.

52 DÖRING 121, HOYNINGEN, Billigkeit 192.

53 GRÜLL/KLEINE 198, WORM 30.

54 GAUL/BARTENBACH 57.

55 A. M. MONJAU 27: Die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit lassen sich nicht auf leitende Angestellte anwenden; eine Herabsetzung der Haftung ist nicht möglich. Ebenso: SÄCKER 1201, AHN 74.

56 GAUL 216.

57 DÖRING 15, der allerdings die Präzisierung der Rechtsprechung durch das BAG in seiner Arbeit noch nicht berücksichtigt hat.

58 GAUL/BARTENBACH 57.

Klarheit bringt ein Entscheid des deutschen BAG mit einer Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung⁵⁹. Um den Fällen gefahrgeneigter Arbeit gerecht zu werden, hat das Gericht eine Haftung nach Verschuldensgrad angenommen und dementsprechend das Risiko in die Sphäre⁶⁰ des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers fallen lassen. Entscheidend ist nunmehr die subjektive Einsichtsfähigkeit des Mitarbeiters und nicht mehr der objektive Verschuldensbegriff.

Die Ansatzpunkte der Haftungsreduktion bei gefahrgeneigter Arbeit können bei leitenden Angestellten nicht ausser acht gelassen werden⁶¹. Auch sie kennen besondere Spannungssituationen⁶² in ihrer Tätigkeit, die die objektiven Massstäbe verschieben und zu Schäden durch Fehlverhalten führen⁶³.

Die Führungskräfte sind ebenfalls verpflichtet, die ihnen vom Arbeitgeber übertragenen Aufgaben auszuführen, während ein Selbständiger einen Auftrag in der Regel nicht anzunehmen braucht. Zudem müssen sie häufig unter Druck arbeiten und kurzfristig wichtige Entscheidungen treffen, deren Risiken in keinem Verhältnis zum Einkommen stehen⁶⁴.

Die Aufgabe des leitenden Angestellten kann nun gerade darin bestehen, das besondere Risiko zu beseitigen, zum Beispiel schwierige Fehlerquellen aufzuspüren und zu beheben. Die in dieser Aufgabenstellung liegende erhöhte Schadensanfälligkeit ist nicht als haftungsmindernder Umstand zu betrachten. Andererseits bedeutet die Verantwortlichkeit für die Rentabilität einer Abteilung selbstverständlich nicht, dass der leitende Angestellte für die gewinnbringende oder doch kostendeckende Auftragsabwicklung eine Garantie übernimmt. Er haftet vielmehr auch hier nur für schuldhafte Fehlleistungen.

Im übrigen darf bei einem leitenden Angestellten vorausgesetzt werden, dass er die besonderen Risiken seiner Tätigkeit kennt und sich durch eine Klausel im Anstellungsvertrag – durch Ausschluss der Haftung für einfache Tätigkeit – absichert oder selbst geeignete vorsorgliche Massnahmen trifft⁶⁵.

59 BAGE vom 11. 11. 1976 (BB 1977, 245). Das Gericht hat die Überwachung einer Baustelle als gefahrgeneigte Arbeit angesehen und für den zuständigen leitenden Angestellten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Haftungserleichterung für anwendbar erklärt.

60 AUTHERR 49.

61 A.M. WYSS 126, der sich auf GRÜLL – KLEINE bezieht. Diese stützen sich aber noch auf die alte und zu jener Zeit ständige Rechtsprechung des BAG.

62 BIELER 1000.

63 Bis zur Praxisänderung des BAG vom 11. 11. 1976 (BB 1977, 245) haftete der leitende Angestellte unbeschränkt.

64 All dies wird von DÖRING 104 anerkannt. Trotzdem kann er sich nicht entschliessen – wahrscheinlich unter dem Einfluss der alten Rechtsprechung des BAG – die Haftungs-minderung bei schadensgeneigter Arbeit auch bei leitenden Angestellten zu bejahen.

65 GIFT 102.

Eine über die arbeitsrechtlichen Grundsätze hinausgehende Verantwortlichkeit begründet Art. 754 OR, indem er den Kreis der Anspruchsberechtigten ausdehnt und gleichzeitig das Mass der Sorgfalt nicht einschränkt. Die mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation betrauten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.

Organe der Aktiengesellschaft sind: die Generalversammlung, die Verwaltung und die Kontrollstelle, aber auch die Liquidatoren und die Sachwalter. Daneben können statutarisch weitere Organe vorgesehen werden. Der Begriff wird aber gleichzeitig in einem engeren Sinn, zur Bezeichnung des nach aussen auftretenden Funktionsträgers, verwendet. Er ist nicht Stellvertreter, sondern Teil der juristischen Person selbst. Organ in diesem Sinn ist gleichbedeutend mit Exekutivorgan. Dieser enge Begriff ist hier gemeint⁶⁶.

Zur Geschäftsführung sind alle Personen zu zählen, die tatsächlich und in entscheidender Weise an der Willensbildung der Gesellschaft teilnehmen, also nicht nur Verwaltungsratsmitglieder und -delegierte, sondern – je nach Kompetenzbereich – auch Direktoren, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Kassierer, Buchhalter usw. Massgebend ist der funktionelle Organbegriff⁶⁷.

Das fahrlässige Verhalten eines Organvertreters kann einen Aktionär direkt oder – in der Praxis häufiger – auch nur mittelbar schädigen. So etwa, wenn die Geschäftsführung einen Angestellten ungenügend überwacht und dieser durch kriminelle Handlungen der Gesellschaft Verluste zufügt. In beiden Fällen ist der Aktionär klageberechtigt, doch kann er nach Art. 755 OR nur dann auf Leistung von Schadenersatz an sich selber klagen, wenn er direkt betroffen ist⁶⁸.

Eine Haftung tritt nur ein, wenn die in Frage stehenden Personen pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben, wobei jedes Verschulden, auch die leichte Fahrlässigkeit, genügt. Das Gesetz schreibt eine Haftung für jeden Schaden vor, der auf einer Pflichtverletzung beruht. An die gemäss Art. 722 OR zu beachtende Sorgfalt werden strenge Anforderungen gestellt.

66 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 135, 184.

67 GUHL/MERZ/KUMMER 691: Entscheidend ist, ob diesen Personen tatsächlich selbständige Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse zustehen. Die ältere Literatur stellt demgegenüber regelmässig auf einen formellen Organbegriff ab. Vgl. ZIMMERMANN H. 70.

68 KREUSCH 169.

Die Sorgfalt, die man in eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegt, reicht nicht aus⁶⁹.

Das Haftungsrisiko wird kleiner, wenn gewisse Kompetenzen an untergeordnete Angestellte delegiert werden. Die Zulässigkeit der Delegation richtet sich wiederum nach einem funktionellen Kriterium⁷⁰. Eine Haftungsreduktion in Anlehnung an die arbeitsrechtliche Regelung in Abs. 2 des Art. 321e OR, nämlich aus sozialpolitischen Gründen, ist hingegen abzulehnen.

Durch die Annahme der Wahl in das Gesellschaftsorgan erklärt der leitende Angestellte stillschweigend, die geforderten Aufgaben wahrnehmen zu können. Unfähigkeit, Unkenntnis und Zeitmangel scheiden als Exkulpationsgründe aus. Im übrigen kann das Arbeitsvertragsrecht immer nur insoweit herangezogen werden, als das Aktienrecht keine eigene Regelung enthält. Das Aktienrecht stellt aber strengere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht. Besondere fachliche Kenntnisse führen nach der Rechtsprechung ausserdem zu einer Haftungsverschärfung⁷¹.

Die Berücksichtigung des Berufsrisikos ist eine Spezialität des Arbeitsrechts und rechtfertigt sich allein aus dem Anstellungsverhältnis mit dem leitenden Angestellten. Der Begriff der schadensgeneigten Arbeit ist auch dem Wesen des Auftrages und des Werkvertrages fremd⁷².

Die mit der Geschäftsführung betrauten leitenden Angestellten stehen häufig zur Gesellschaft in einem nach Art. 319ff. OR zu beurteilenden Anstellungsverhältnis. Sofern eine Organperson arbeitsvertragliche Pflichten verletzt, stehen der Gesellschaft als dem Vertragspartner Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag zu. Diese werden von einer allfälligen Entlastung durch die Generalversammlung nicht berührt⁷³.

5. *Exkurs: Strafrechtliche Verantwortlichkeit*

Die zivilrechtliche Bestimmung des Art. 754 OR vermag in den meisten Fällen durchaus zu genügen, um eine ordnungsgemässe Geschäftsführung durch die verantwortlichen Organe sicherzustellen. Sie bietet aber keinen Schutz gegen Missbräuche.

Die Pflicht zur Hinterlegung von Aktien nach Art. 709 OR erweist sich beispielsweise als wenig wirkungsvoll, weil diese Papiere durch den Zu-

69 BGE 99 II 179, WYSS 129, BÜRGI N 7 zu Art. 722 OR; a.M. KREUSCH 170, der von einer nach allgemeinen Grundsätzen normalen Haftung für Sorgfaltsverletzungen spricht.

70 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 180, 188, FORSTMOSER, Verwaltungsrat 31, SCHIESS 11.

71 KREUSCH 171, FORSTMOSER, Verwaltungsrat 45, 46, BGE 93 II 30, FORSTMOSER, Verantwortlichkeit 63.

72 MEIER K. 37.

73 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit 115.

sammenbruch der Gesellschaft wertlos werden. Auch die Verantwortlichkeitsansprüche versagen oft, weil sie erfahrungsgemäss nicht leicht durchgesetzt werden können. Schuld daran ist der hohe und zum eigenen Interesse in keinem Verhältnis stehende Streitwert bei der Geltendmachung mittelbarer Schäden, der sich für die Klage des Aktionärs prohibitiv auswirken kann⁷⁴.

Der leitende Angestellte kann in Ausübung seiner beruflichen Funktionen nicht nur zivil-, sondern auch strafrechtlich verantwortlich gemacht werden⁷⁵. Die natürlichen Personen haben grundsätzlich für die im Geschäftsbetrieb einer AG begangenen strafbaren Handlungen einzustehen, denn die juristische Person ist nach allgemeinem Strafrecht nicht deliktstfähig. Der Gesetzgeber erachtete es indessen als notwendig, sie in einigen Gesetzen primär fiskalischer Natur zur Verantwortung zu ziehen.

Der Kreis der verantwortlichen Personen entspricht demjenigen, welcher durch den privatrechtlichen Begriff des Organs gezogen wird⁷⁶. Er umfasst alle Personen, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit eine selbständige Entscheidungsbefugnis haben⁷⁷.

Der leitende Angestellte ist unter Umständen auch für die Beachtung bestimmter arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften verantwortlich. Nach Art. 59 des Arbeitsgesetzes macht sich eine vom Arbeitgeber mit der Leitung des Betriebes betraute Person strafbar, wenn sie gegen Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung verstösst über

- Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung
- Arbeits- und Ruhezeit
- Sonderschutz der jugendlichen oder weiblichen Arbeitnehmer.

Die Strafbarkeit ist nach Schuldformen abgestuft. Gewisse Widerhandlungen werden nur geahndet, wenn sie vorsätzlich, andere, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden.

IV. Recht auf Beschäftigung

Der allgemeine Persönlichkeitsschutz der Art. 27 und 28 ZGB wird im Arbeitsrecht konkretisiert. Der Arbeitgeber muss nach Art. 328 OR die Persönlichkeit des Erwerbstätigen achten und schützen. Diese Pflicht führt

74 SCHMID 103, FORSTMOSER, Verwaltungsrat 55.

75 Übersicht über die wichtigsten Gesetzesbestimmungen bei FORSTMOSER, Verantwortlichkeit 169.

76 Art. 172 und 326 StGB.

77 SCHMID 109: Bei der AG wird man also unter Hinweis auf die Art. 717 und 754 OR annehmen müssen, dass auch die die Gesellschaft faktisch leitenden Personen als Geschäftsführer im Sinne des Zivilrechts und damit auch des Strafrechts zu betrachten sind; a.M. WYSS 132.

zu einem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers⁷⁸. Er folgt aus der allgemeinen Treuepflicht und den Grundrechten der Achtung der Menschenwürde und der Entfaltung der Persönlichkeit⁷⁹ und hat sich heute allgemein durchgesetzt⁸⁰. Voraussetzung ist aber das berechnete Interesse an einer tatsächlichen Betätigung und nicht nur an der Lohnzahlung. Dieses Interesse ist vor allem zu bejahen bei leitenden Angestellten⁸¹ sowie bei hochqualifizierten Mitarbeitern⁸² im Bereich von Entwicklung und Forschung⁸³.

Der leitende Angestellte kann in seinem wirtschaftlichen Fortkommen beeinträchtigt sein, wenn er seine Kenntnisse und Erfahrungen nicht mehr in ständiger Fühlung mit der Praxis erweitern kann und Gefahr läuft, den Anschluss an die allgemeine Entwicklung zu verlieren. Die Suspendierung bis zum Ablauf eines langfristigen Vertrages kann zu einer schweren beruflichen Schädigung führen⁸⁴.

Im übrigen kann bei längerer Beurlaubung leicht der Eindruck entstehen, dass die bisherigen Leistungen derart unbefriedigend waren, dass der Arbeitgeber lieber den Lohn zahle und auf weitere Leistungen verzichte.

Das Recht auf Beschäftigung wird eingeschränkt durch überwiegende Belange des Arbeitgebers, zum Beispiel bei Absatzstockungen und Betriebsunterbrechungen⁸⁵. Ein höherwertiges Interesse des Arbeitgebers ist ausserdem dann anzunehmen, wenn der Arbeitsvertrag des leitenden Angestellten bereits gekündigt wurde. Das berechnete Interesse an einer Suspendierung ist aber auch in diesen Fällen auf einige wenige Tatbestände beschränkt und nur gegeben bei fundiertem Verdacht auf Pflichtverletzung oder bei der Möglichkeit, dass der leitende Angestellte zur Konkurrenz überläuft. Im zweiten Fall ist das Anliegen des Arbeitgebers, einem Mitarbeiter in leitender Position keinen Einblick mehr in die zukünftigen Planungen und Entwicklungen zu gewähren, als gewichtiger anzusehen als ein allfälliger Anspruch auf Beschäftigung⁸⁶.

78 REHBINDER 74; Nicht zu verwechseln ist das Recht auf Beschäftigung mit dem Recht auf Arbeit, das vor allem in den sozialistischen Ländern gesetzlich niedergelegt ist. Hier geht es um die Existenzsicherung und nicht darum, Persönlichkeitsbeeinträchtigungen bei bestehendem Arbeitsverhältnis abzuwehren. Ähnlich auch WANK 65, BENTELE 40.

79 GRIESAM 9.

80 REHBINDER 74, BOLDT 265, GAUL/BARTENBACH 112; a.M. WYSS 145.

81 GRIESAM 87: Je qualifizierter die Arbeitsleistung ist, um so eher kann ein materielles Interesse bejaht und ein Anspruch auf Beschäftigung anerkannt werden.

82 Bei dieser Kategorie wird es sich zwar häufig, aber nicht durchwegs um leitende Angestellte handeln. Vgl. GEITNER 28, BÖKER 30, STURZENHECKER 87.

83 BRAND 127.

84 GRÜLL/KLEINE 193, WORM 41.

85 GAUL 204.

86 GAUL 173, GIFT 104, GAUL/BARTENBACH 112. Nach WIEGAND 81 sind an die Zulässigkeit der Suspendierung strenge Anforderungen zu stellen. Der Verdacht des Arbeitgebers, der leitende Angestellte habe seine Aufgaben nicht sorgfältig erfüllt, muss objektiv begründet sein; Vermutungen allein genügen nicht.

In der Praxis enthalten Anstellungsverträge für gehobene Positionen häufig die Bestimmung, dass sich die Firma jederzeit die Freistellung⁸⁷ vorbehalte. Eine solche Klausel ist selbst dann zulässig, wenn der leitende Angestellte ein berechtigtes Interesse an der Weiterbeschäftigung hat, denn er kann ohne weiteres auf die Ausübung des ihm zustehenden Beschäftigungsanspruches verzichten⁸⁸.

V. *Zeugnis und Auskunftspflicht*

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses stützt sich auf Art. 330a OR. Die Bedeutung der Zeugnisse hat abgenommen, weil in der Praxis nur diejenigen vorgewiesen werden, die vorteilhaft lauten. Ungünstige Fakten werden stillschweigend übergangen. Hinzu kommt, dass Zeugnisse, die in ihrer Beschreibung der Qualitäten des Angestellten nach Formulierung und Länge das übliche Mass überschreiten, stets die Frage unbeantwortet lassen, warum der Aussteller nicht alles versucht habe, um einen solchen Mitarbeiter zu halten. Die Erklärung liegt nahe, dass der Arbeitgeber ihn mit Hilfe eines solchen Zeugnisses «wegloben» wollte⁸⁹. Der Arbeitgeber vermag sich überdies während der Probezeit in der Regel ein besseres Urteil über die Person und die Leistungen seines Arbeitnehmers zu bilden⁹⁰.

Bei der Bewerbung um eine leitende Position kommt den vorgelegten Arbeitszeugnissen in anderer Hinsicht eine nicht zu unterschätzende Rolle zu. Sie bestimmen darüber, ob ein Bewerber in die engere Wahl gelangt und infolgedessen überhaupt zur Vorstellung gebeten wird. Der leitende Angestellte erwartet daher in der Regel ein qualifiziertes Zeugnis⁹¹, das sich auch über Aufgabengebiet, Führungsverhalten und Leistung ausspricht⁹². Er wird auch verlangen, dass der Anlass, der zur Vertragsauflösung geführt hat, genannt wird, um Spekulationen über die Gründe seines Ausscheidens vorzubeugen⁹³.

Die für das Zeugnis des Arbeitnehmers allgemein gültigen Kriterien können für den leitenden Angestellten nicht unmittelbar herangezogen werden. Das fachliche Können allein genügt nicht, um die Aufgaben zu erfüllen. Es muss die Fähigkeit hinzukommen, das Arbeitsklima positiv zu ge-

87 Vgl. die Unterscheidung zw. Freistellung und Suspendierung bei MÜLLER G. 272.

88 GRÜLL, Sonderdruck 18.

89 GRÜLL/KLEINE 282.

90 SCHWEINGRUBER N 4 zu Art. 330a OR.

91 SCHLESSMANN 50.

92 Nach SCHLESSMANN 64 soll sich der Beurteilungsrahmen vor allem auf die eingehende Darstellung der Art des Arbeitsverhältnisses erstrecken.

93 WORM 40, WIRZ 32.

stalten und den Mitarbeitern vorzustehen. Das Zeugnis soll Auskunft geben über die Führungsqualitäten⁹⁴.

Der leitende Angestellte kann das Zeugnis jederzeit verlangen, und zwar während des Arbeitsverhältnisses als Zwischen- und bei Beendigung oder später⁹⁵ als Schlusszeugnis. Es dient ihm als Qualifikationsausweis für seine neue Bewerbung. Der Anspruch auf Zeugniserteilung muss daher schon vor Ablauf des Arbeitsvertrages gegeben sein⁹⁶.

Der leitende Angestellte muss stets damit rechnen, dass ein Unternehmen, bei dem er sich um eine Vertrauensposition bewirbt, durch Rückfragen nähere Einzelheiten über die Motive des Ausscheidens erfahren möchte. Der Grund der Vertragsauflösung lässt häufig erst die entscheidenden Schlüsse auf die Persönlichkeit⁹⁷ des Bewerbers zu⁹⁸.

Die tatsächlichen Angaben müssen objektiv wahr sein, denn der Aussteller haftet Dritten gegenüber für Schäden, die diese im Vertrauen auf die Richtigkeit des Zeugnisses oder der Auskunft erleiden⁹⁹.

Der Firmeninhaber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, über einen Mitarbeiter Auskünfte zu erteilen¹⁰⁰. Der Anspruch steht dem ausscheidenden Arbeitnehmer und nicht etwa dem neuen Arbeitgeber zu¹⁰¹. Die Auskünfte können allerdings auch ohne Einverständnis des leitenden Mitarbeiters erteilt werden, und zwar auch dann, wenn sie negativ ausfallen, sofern sie der Wahrheit entsprechen und der Dritte ein berechtigtes Interesse hat¹⁰². Die Ansprüche des leitenden Angestellten sind gewahrt, wenn ihn der Arbeitgeber informieren muss.

Die Auskünfte wirken sich entscheidend auf die berufliche Zukunft des leitenden Angestellten aus. Er ist den Einflüssen, die sein früherer Arbeitgeber ausüben vermag, vollständig ausgeliefert. Er hat aber die Möglichkeit zur Stellungnahme, da er auf Verlangen über die erteilten Auskünfte in Kenntnis gesetzt werden muss. Fraglich ist allerdings, ob er eine vorgefasste Meinung – auch wenn sie aufgrund falscher Angaben gebildet wurde – korrigieren kann¹⁰³.

94 SCHLESSMANN 64.

95 Bis zum Eintritt der Verjährung (10 Jahre).

96 REHBINDER 82, WIRZ 27.

97 HÜMMERICH/GOLA 30.

98 GRÜLL/KLEINE 283.

99 WORM 40, WIRZ 39, SCHLESSMANN 71. Beispiel einer unerlaubten Handlung, begangen durch die Ausstellung eines unwahren Zeugnisses an einen Vizedirektor, in BGE 101 II 69.

100 HÜMMERICH/GOLA 158.

101 Obwohl in der Praxis die Auskunft regelmässig dem neuen Arbeitgeber erteilt wird; vgl. HÜMMERICH/GOLA 159.

102 REHBINDER 83, einschränkend HÜMMERICH/GOLA 160; a.M. DEGENER 104, der eine Einwilligung des Arbeitnehmers verlangt.

103 GAUL 267, GIFT 33, 126.

VI. Konkurs des Arbeitgebers

Der Konkurs des Arbeitgebers ist kein Grund zur fristlosen Vertragsauflösung. Der Arbeitnehmer kann zwar nach Art. 337a OR Sicherstellung des künftigen Lohnes verlangen, doch ist dieser Rechtsbehelf in der Praxis bedeutungslos.

Die Konkursverwaltung entscheidet, ob sie das Arbeitsverhältnis fortsetzen will. Die neuen Lohnforderungen sind dann Masseschulden im Sinne von Art. 211 Abs. 2 SchKG. Bei Betriebsschliessung gerät die Konkursverwaltung in Annahmeverzug¹⁰⁴; die Ansprüche beurteilen sich nach Art. 219 Abs. 4 SchKG. Nach dem gleichen Artikel sind privilegiert: Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung entstanden sind, sowie Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber¹⁰⁵.

Der leitende Angestellte kann seine Forderungen aus dem Anstellungsverhältnis wie jeder andere Arbeitnehmer geltend machen. Doktrin und Praxis hatten schon vor der Revision des Arbeitsgesetzes im Jahre 1964 den Art. 219 Abs. 4 SchKG dahingehend interpretiert, dass das Konkursprivileg der ersten Klasse auch Führungskräften zuteil werde, obwohl nach dem Wortlaut der früheren Fassung dieses Artikels nur einige Kategorien besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmer bevorzugt werden sollten¹⁰⁶. Nach der neuen Fassung geniessen sämtliche Arbeitnehmer dieses Privileg für Lohnforderungen und damit zusammenhängende Ansprüche¹⁰⁷.

Der neue Art. 219 SchKG bezweckt allerdings auch keine Ausweitung des Anwendungsbereiches auf die «höchsten Angestellten», sondern vielmehr eine Zusammenfassung sämtlicher bisher erfassten Angestelltenkategorien unter den Begriff Arbeitnehmer und die Erstreckung des Konkursprivilegs auf einige andere Ansprüche als Lohnforderungen¹⁰⁸.

Entscheidend für die Qualifikation als leitender Angestellter oder als Persönlichkeit mit Arbeitgeberqualität ist der Grad der Selbständigkeit und Verantwortung. Die Vertreter der zweitgenannten Gruppe sind Träger der höchsten Befehlsgewalt. Sie üben selbst das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus. Sie gehören zu den willensbildenden Organen der Gesellschaft.

In der Literatur haben sich die Begriffe des konkreten und des abstrakten Prinzipals eingebürgert¹⁰⁹. Die Gesellschaft selber ist als Träger des

104 HEILMANN 99: Ein allfälliges Konkurrenzverbot unterliegt den gleichen Grundsätzen wie bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber.

105 REHBINDER 71f., SCHWEINGRUBER N 9 zu Art. 324 OR.

106 BGE 52 III 147.

107 SCHWEINGRUBER N 6x zu Art. 319 OR.

108 ZivGer Basel vom 23.2.1979 (BJM 1979, 128): Eine Abgangsentschädigung in der Höhe von zwölf Monatslöhnen wurde in der ersten Klasse kolloziert.

109 AHN 27.

Anspruchs auf die Arbeitsleistung nur abstrakter Prinzipal, da sie das sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Direktionsrecht nicht auszuüben vermag. Eine Reihe von Funktionen werden somit auf verschiedene Träger verteilt¹¹⁰.

Demgegenüber umfasst die Tätigkeit des leitenden Angestellten nur delegierte Arbeitgeberfunktionen. Er steht in einem Arbeitsverhältnis, das dadurch gekennzeichnet ist, dass er innerhalb des Betriebes an Weisungen und Anordnungen gebunden ist.

Verwaltungsräte gelten folglich in der Regel und Verwaltungsrats-delegierte häufig nicht als Arbeitnehmer¹¹¹. Direktoren stehen hingegen meistens in einem tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber¹¹².

Auch ein Verwaltungsratsmitglied kann selbstverständlich einen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmer abschliessen. Tut er dies aber nicht, liegt ein *contractus sui generis* vor¹¹³. Die Beziehungen zwischen ihm und der Gesellschaft unterliegen dann nicht den arbeitsvertraglichen Bestimmungen.

Im Ergebnis folgt, dass das Konkursprivileg in der Regel bei Mitgliedern des Verwaltungsrates zu verneinen, bei Direktoren¹¹⁴ und in der betrieblichen Hierarchie tiefer stehenden leitenden Angestellten wie Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten usw. zu bejahen ist. Auch wenn diese Personen im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern relativ unabhängige Stellungen innehaben, befinden doch auch sie sich grundsätzlich in persönlicher und meist auch wirtschaftlicher Abhängigkeit. Sie haben deshalb Anspruch auf das konkursrechtliche Lohnprivileg.

Beim Delegierten des Verwaltungsrates ist in jedem einzelnen Fall die wirtschaftliche Stellung zu prüfen. Steht er in einem *contractus sui generis* zur Gesellschaft, ist das Konkursprivileg zu verneinen. Besteht aber ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis, dann gilt für ihn die gleiche Regelung wie für die Direktoren.

110 WORM 6, DAG 9.

111 AHN 27: Die eindeutige arbeitsrechtliche Zuordnung der Organmitglieder zur Arbeitgeberseite wird in letzter Zeit auch im Arbeitsrecht in Frage gestellt, indem eine Beurteilung nach der individuellen Sachlage vorgeschlagen wird.

112 ObGer Zürich vom 13. 12. 1977 (ZR 76 [1977] 75).

113 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ 172, BÜRGI N 1 und 8 zu Art. 708 OR.

114 Ähnlich auch WYSS 107, 108.

VII. *Arbeitsgerichtsbarkeit*

1. *Verfahren*

Art. 343 OR regelt Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis¹¹⁵. Die Bestimmung behandelt aber nicht materielles Arbeitsvertragsrecht, sondern statuiert Mindestvorschriften für das kantonale Prozessrecht. Dabei fällt auf, dass die Absätze 1 und 4 des genannten Artikels das Verfahren vorschreiben, während die anderen Absätze Anweisungen an die Kantone enthalten und demzufolge der Konkretisierung durch das kantonale Prozessrecht bedürfen¹¹⁶.

Das Wahlrecht des ersten Absatzes hinsichtlich des Gerichtsstandes stellt in der Regel einen Vorteil für den Arbeitnehmer dar, da er in der Praxis meistens als Kläger erscheint. Er kann am Betriebsort statt an einem zufälligen Wohnsitz des Arbeitgebers klagen. Allerdings kann auch der Arbeitgeber ohne weiteres als Kläger auftreten. Das Wahlrecht steht dann auch ihm zu¹¹⁷.

Der Bundesgesetzgeber weist die Kantone an, für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen, nicht jedoch, besondere Arbeitsgerichte einzuführen. Sie können die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis auch weiterhin den ordentlichen Gerichten zuweisen¹¹⁸.

2. *Persönlicher Geltungsbereich*

Das deutsche Arbeitsgerichtsgesetz erfasst alle Arbeitnehmer im weitesten Sinn. Die Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis des leitenden Angestellten unterliegen daher der Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes¹¹⁹.

Die Situation in der Schweiz ist demgegenüber uneinheitlich. Nach § 13 des zürcherischen GVG fallen unter den Begriff des Arbeitnehmers entgegen der Praxis zu den alten Rechtspflegegesetzen auch leitende Angestellte wie Prokuristen und Direktoren.

115 Keine Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sind z.B. die Auseinandersetzungen mit Personalfürsorgeeinrichtungen und die Verbandsstreitigkeiten aus dem Gesamtarbeitsvertrag.

116 COTTER 30, GewGer Basel-Stadt vom 10. 10. 1974 in Rechenschaftsbericht 1973–1975, 3, AppGer Basel-Stadt vom 25. 7. 1975 in Rechenschaftsbericht 1973–1975, 9, ArbGer Zürich vom 20. 3. 1978 in Entscheidungen des ArbGer 1977/1978, 3.

117 Grammatikalische Ungenauigkeit. Vgl. COTTER 44, SCHÜRCH 73.

118 COTTER 65, SCHÜRCH 23.

119 WORM 61, WIEGAND 36.

§ 11 aGVG vom 29. I. 1911 teilte die leitenden Angestellten für die Wahl in das Gewerbegericht den Arbeitgebern zu. Daraus folgte die Rechtsprechung trotz massiver Kritik, dass Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und den bei ihnen tätigen Führungskräften durch ordentliche Gerichte und nicht durch das Gewerbegericht beurteilt werden müssten, weil sie als Streitigkeiten unter Arbeitgebern zu betrachten seien.

Die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches gegenüber dem alten Recht ist dadurch zu erklären, dass nunmehr der Begriff Arbeitnehmer schlechthin als Gegenstück zum Begriff Arbeitgeber verwendet wird¹²⁰. Ausserdem wurde die Streitwertgrenze auf Fr. 5000.– erhöht und darüber hinaus das Arbeitsgericht für höhere Beträge unbeschränkt als erste Instanz zuständig erklärt.

Durch diese erstinstanzliche Kompetenz der Arbeitsgerichte fällt das nach dem alten Recht vorgebrachte Argument, bei leitenden Angestellten gehe es in der Regel um grössere Summen als Fr. 2000.–, weg. Der Ausschluss dieses Personenkreises käme daher einer ungerechtfertigten Benachteiligung gegenüber den anderen Angestellten gleich¹²¹. Hinzu kommt, dass das neue Gesetz die einzelnen Kategorien nicht mehr aufzählt.

Massgebend für die Frage, ob die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis des leitenden Angestellten zuständig sind, sind die kantonalen Prozessordnungen¹²². Eine bundeseinheitliche Regelung dieser Frage wäre allerdings zu begrüssen¹²³.

3. *Gerichtsorganisation*

Die Ausführungen zum persönlichen Geltungsbereich betreffen den leitenden Angestellten als Verfahrensbeteiligten, als Prozesspartei. Davon zu unterscheiden ist die Stellung dieses Personenkreises als Laienrichter.

Die Besonderheiten der Arbeitsgerichte liegen in ihrem Verfahren und in ihrer Besetzung. Der Arbeitnehmer als wirtschaftlich schwächere Partei soll im Prozess die Möglichkeit haben, sein Anliegen Richtern vorzutragen, die seine Probleme aus eigener Erfahrung kennen. Dieses Ziel wird

120 § 15 aGVG lautete: Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte erstreckt sich auf alle Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und den bei ihnen beschäftigten Angestellten, Gesellen, Arbeitern und Lehrlingen aus Dienst-, Werk- oder Lehrverträgen, sofern der Streitwert den Betrag von Fr. 2000.– nicht übersteigt.

121 HanGer Zürich vom 5. 12. 1977 (SJZ 1978, 95).

122 Ähnlich geregelt wie im Kt. Zürich sind die Verhältnisse z.B. in den Kt. Solothurn und Basel-Stadt; vgl. WYSS 52, BRAND 113 und SCHÜRCH 103.

123 REHBINDER JAR 1980, 396.

erreicht, wenn die Arbeitsgerichte als paritätische Fachgerichte organisiert sind¹²⁴. Die Mitwirkung von Berufsgenossen als Richter beruht auf der Überlegung, dass diese die Verhältnisse im betreffenden Beruf kennen und daher in der Lage sind, rechtserhebliche fachtechnische Fragen aus eigenem Wissen ohne weitere Beweiserhebungen zu entscheiden¹²⁵.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmter Berufsgruppen wirken als Richter mit¹²⁶. Der leitende Angestellte ist zum Arbeitsrichter nur als Vertreter der Arbeitgeberseite wählbar, da er unternehmerähnliche Funktionen ausübt¹²⁷.

Das deutsche Arbeitsgerichtsgesetz vermittelt ein ähnliches Bild. Nach § 6 sind die Gerichte für Arbeitssachen mit Berufsrichtern einerseits und Beisitzern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite andererseits zu besetzen. Durch die Novellierung dieses Gesetzes vom 2. 12. 1955 wurde der Kreis der Arbeitgeberbeisitzer erweitert. Nunmehr sind wählbar: Geschäftsführer und Betriebsleiter, soweit sie selbständig zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern ermächtigt sind oder Generalvollmacht oder Prokura besitzen¹²⁸. Diese Möglichkeit wurde geschaffen, um der Arbeitsgerichtsbarkeit die grossen Erfahrungen dieses Personenkreises im Arbeitsleben nutzbar zu machen¹²⁹.

124 SCHÜRCH 127, 131.

125 ObGer Zürich vom 12. 5. 1978 (ZR 79 [1980] 47).

126 SCHÜRCH 114, 117.

127 REHBINDER 24, 203f., BRAND 110, HanGer Zürich vom 23. 9. 1977 (ZR 76 [1977] 75), HAUSER/HAUSER Anm. 1 zu § 15 GVG.

128 AHN 258.

129 WIEGAND 37.

6. Kapitel: Zusammenfassung

Der leitende Angestellte wird im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht nicht erwähnt, obwohl das Gesetz einige Bestimmungen enthält, die ihrer Natur nach in erster Linie oder sogar ausschliesslich auf diesen Personenkreis zugeschnitten sind. Im vierten und fünften Kapitel dieser Arbeit wurde dargestellt, inwieweit die arbeitsrechtlichen Bestimmungen auch für Führungskräfte gelten. Eine solche Untersuchung ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn der Kreis der leitenden Angestellten nach oben und nach unten abgegrenzt werden kann.

Die Tätigkeit des leitenden Angestellten liegt in der selbständigen Vorbereitung oder Ausführung unternehmerischer Entscheidungen. Die Zugehörigkeit zum Vertrauenskreis des Unternehmers genügt nicht. Seine Tätigkeit muss – im Gegensatz zu derjenigen der übrigen Arbeitnehmer – durch die besondere Bedeutung seiner Aufgaben und durch seine qualifizierte Leistung geprägt sein. Es liegt eine Stellung vor, deren Wesensmerkmal die selbständige Entscheidungsbefugnis oder die unternehmenspolitische Stabsarbeit ist. Art. 7 ArV I verlangt ausserdem eine entsprechende Verantwortung, damit ihr Träger als Arbeitnehmer mit leitender Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG erscheint.

Von ähnlicher Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen leitenden Angestellten und Exekutivorganen juristischer Personen, die in einem privatrechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft stehen. Die verbreitete Ansicht, dass Organpersonen nicht in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis stehen können, ist abzulehnen. Auszugehen ist nicht von einem formellen, sondern von einem funktionellen Organbegriff. Entscheidend ist, ob den Exekutivorganen selbständige Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse zustehen. In diesem Sinne sind auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu den Organpersonen zu zählen. Würde man, der älteren Literatur folgend, vom formellen Organbegriff ausgehen, wäre zum Beispiel das Konkursprivileg nach Art. 219 Abs. 4 SchKG den Verwaltungsratsmitgliedern, Verwaltungsratsdelegierten und Direktoren in jedem Fall zu verweigern. Ein solches Ergebnis kann nicht richtig sein. Auch ein Direktor kann – vor allem bei fehlender finanzieller Beteiligung – in einem Subordinationsverhältnis zur Unternehmensleitung stehen. Die Exekutivorgane einer juristischen Person sind nur dann vom Kreis der leitenden Angestellten auszunehmen, wenn sie weisungsunabhängig sind.

Die Tätigkeit des leitenden Angestellten ist durch seine Leistung und seine Persönlichkeit gekennzeichnet. Die arbeitsvertraglichen Beziehungen werden in der Praxis in einem individuellen Anstellungsvertrag geordnet. Eine ausgewogene Regelung der Arbeitsbedingungen drängt sich auf, weil das durch die privilegierte Stellung und das persönliche Vertrauen ge-

kennzeichnete Anstellungsverhältnis bei Meinungsverschiedenheiten besonders krisenanfällig ist. Grundsätzlich gilt, dass der Vertrag um so genauer und detaillierter ausgestaltet werden soll, je höher der leitende Angestellte auf der Stufenleiter der betrieblichen Hierarchie steht.

Für das Zustandekommen des Anstellungsvertrages besteht nach den allgemeinen Grundsätzen keine Offenbarungspflicht hinsichtlich erheblicher Umstände. Anders ist die Situation beim leitenden Angestellten, weil seine persönliche Qualifikation das fachliche Können an Bedeutung übertreffen und die Offenbarungspflicht demzufolge auch seinen persönlichen Bereich berühren kann. Dem Arbeitgeber ist ein Fragerecht einzuräumen hinsichtlich finanzieller Situation, familiärer Verhältnisse, Vorstrafen, Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, in der Regel aber nicht nach Gewerkschaftszugehörigkeit.

Eine genaue Umschreibung des Aufgabengebietes ist dann unerlässlich, wenn sich der Bereich in seinen einzelnen Funktionen nicht ohne weiteres aus der Positionsbezeichnung des Mitarbeiters ergibt. Titel und Dienstbezeichnungen haben keine selbständige Bedeutung. Der Titularprokurist ist nicht leitender Angestellter.

Der leitende Angestellte ist häufig zur Leistung von Überstunden verpflichtet. Er erhält für diese Mehrarbeit in der Regel keine Vergütung. Gegenleistung ist das vereinbarte Salär. Diese Grundsätze gelten auch für den Fall, dass ein Unternehmensgewinn eindeutig den persönlichen Fähigkeiten des leitenden Angestellten zuzuschreiben ist. Ein Rechtsanspruch auf Beteiligung besteht nicht. Die zeitliche Inanspruchnahme wird aber eingeschränkt durch Art. 328 OR, der den Arbeitgeber verpflichtet, auch Führungskräfte nicht zu überfordern.

Der leitende Angestellte ist nicht prinzipiell verpflichtet, jegliche Nebenbeschäftigung zu unterlassen, obwohl die Haupttätigkeit häufig einen erheblichen Teil seiner Freizeit beansprucht. Massgebende Kriterien sind das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers, die Leistungsfähigkeit des leitenden Angestellten und dessen Anspruch auf einen vom Arbeitgeber gewährleisteten Freiraum für Nebentätigkeiten.

Die Weiterbildungsmöglichkeiten sind für einen bestimmten Personenkreis von erheblicher Bedeutung. Wissenschaftlich tätige Führungskräfte sind bestrebt, den Anschluss an die allgemeine Entwicklung in den Bereichen der Technik und der Forschung nicht zu verlieren. Sie sollen in angemessenem Rahmen freigestellt werden, auch wenn eine Fortbildung für die im Unternehmen zu bewältigenden Aufgaben nicht erforderlich ist.

Der Übergang des Betriebes auf einen Dritten berührt in erster Linie den Anstellungsvertrag des leitenden Angestellten. Falls kein persönliches Verhältnis zwischen ihm und dem neuen Inhaber besteht, wird der Vertrag in der Regel nicht aufrechterhalten, weil der neue Arbeitgeber die

Schlüsselpositionen des Unternehmens mit Führungskräften seines Vertrauens besetzen wird. Ein allfälliges Wettbewerbsverbot ist nicht mit dem Inhaber persönlich verbunden. Die Konkurrenzklausel dient ausschliesslich den wirtschaftlichen Zielen des Unternehmens und bleibt bei einer Betriebsverässerung weiterhin verbindlich.

Ein hoher Prozentsatz aller Arbeitnehmererfindungen ist den Angestellten in gehobenen Positionen zuzuschreiben. Gerade bei ihnen ist jedoch die Grenzlinie zwischen dem Aufgabenbereich im Sinne der Stellenbeschreibung und der prämielfähigen Sonderleistung nicht immer eindeutig zu ziehen. Die Vergütung richtet sich in erster Linie nach den im Gesetz genannten Kriterien. Sie verringert sich jedoch insofern, als vom leitenden Angestellten aufgrund seiner Stellung und dem vereinbarten Gehalt erwartet werden darf, dass er am technischen Fortschritt des Unternehmens mitwirkt.

Die im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht entwickelten Grundsätze der Haftungsreduktion bei gefahrgeneigter Arbeit gelten auch für die Führungskräfte. Auch sie kennen besondere Spannungssituationen, die zu Schäden durch Fehlverhalten führen können. Ausserdem liegen Tätigkeiten, bei denen schon aufgrund leichtester Fahrlässigkeit enorme Schäden entstehen können, häufig im Funktionsbereich dieses Personenkreises.

Dem leitenden Angestellten ist ein Recht auf Beschäftigung zuzugestehen, wenn sich sein berechtigtes Interesse nicht nur auf die Lohnzahlung, sondern auf eine tatsächliche Betätigung richtet. Die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf eines langfristigen Vertrages kann zu einer schweren beruflichen Schädigung führen, wenn er seine Kenntnisse und Erfahrungen nicht mehr in ständiger Föhlung mit der Praxis erweitern kann.

Schliesslich sind auch für die Auflösung des Arbeitsvertrages unter Umständen unterschiedliche Konsequenzen denkbar. Das enge persönliche Verhältnis, das den leitenden Angestellten mit der Unternehmensführung verbindet, ist nicht sehr belastungsfähig. Verfehlungen, die jedem anderen Arbeitnehmer verziehen werden, können bei Führungskräften eine fristlose Entlassung bewirken, wenn das Vertrauen des Arbeitgebers erschüttert ist.

Die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis leitender Angestellter nach Art. 343 OR werden – den persönlichen Geltungsbereich betreffend – durch die kantonalen Prozessordnungen geregelt. In den meisten Kantonen umfasst der Begriff des Arbeitnehmers auch die Führungskräfte; sie unterstehen – als Verfahrensbeteiligte – der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Davon zu unterscheiden ist die Stellung des leitenden Angestellten als Laienrichter. Er übt unternehmerähnliche Funktionen aus und ist daher zum Arbeitsrichter nur als Vertreter der Arbeitgeberseite wählbar.

Lebenslauf

Ich bin am 6. 12. 1941 in Zürich geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Sekundarschule habe ich zuerst eine kaufm. Lehre absolviert und das Maturitätszeugnis auf dem zweiten Bildungsweg erworben. Ich habe mich im Wintersemester 1974/75 an der Universität Zürich immatrikuliert und die Studien im Mai 1980 mit dem Lizentiat abgeschlossen.

